

**O Cidadão,  
o Provedor de Justiça e  
as Entidades Administrativas  
Independentes**

**Lisboa  
2002**

## **Ficha Técnica**

**Título** - O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas  
Independentes

**Edição** - Provedoria de Justiça – Divisão de Documentação

**Composição** – Provedoria de Justiça – Divisão de Informática

**Impressão e acabamento** -

**Tiragem** – 1.000 exs

**Depósito Legal** –

**ISBN** – 972 – 97623 – 5 – X

# Índice

PREFÁCIO	5
<b>Henrique Nascimento Rodrigues</b> Provedor de Justiça	
INTERVENÇÃO DE ABERTURA	9
<b>João Bosco Mota Amaral</b> Vice-Presidente da Assembleia da República	
O MODELO DE UNIDADE E A CRIAÇÃO DE INSTITUIÇÕES AFINS DO OMBUDSMAN: UMA TENSÃO RECORRENTE NA EXPERIÊNCIA PARLAMENTAR	15
<b>Filipe Boa Baptista</b> Assistente, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa	
PLURALIDADE E SINGULARIDADE DO OMBUDSMAN NA COMPARAÇÃO DE EXPERIÊNCIAS EUROPEIAS	31
<b>Álvaro Gil Robles</b> Comissário para os Direitos do Homem do Conselho da Europa	

O PROVIDOR DE JUSTIÇA: GARANTIA CONSTITUCIONAL DE UMA INSTITUIÇÃO OU GARANTIA DE UMA FUNÇÃO?	43
<b>Jorge Miranda</b> Professor, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa	
<b>Maria Lúcia Amaral</b> Professora, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa	53
A PLURALIDADE DO OMBUDSMAN: VANTAGENS E INCONVENIENTES PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	77
<b>José Manuel Menéres Pimentel</b> Ex-Provedor de Justiça, ex-Ministro da Justiça e da Reforma Administrativa	
<b>João Caupers</b> Professor, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa	83
AS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES E O PROVIDOR DE JUSTIÇA	93
<b>Vital Moreira</b> Professor, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra	

## Prefácio

Múltiplas e recorrentes têm sido, de há longa data, as iniciativas parlamentares tendentes a criar instituições de competência sectorial, com poderes paralelos aos do Provedor de Justiça. Todas têm fracassado, porém, ou na contagem dos votos dos Deputados, ou por inacção dos seus promotores, ou pela dissolução das legislaturas.

Menos frequentes, mas não menos incisivas, têm sido também as tentativas de instituir Provedores regionais e municipais. Aquelas têm murchado no rescaldo das contendas eleitorais e destas conhecem-se experiências fugazes e frustrantes, ressaltando a existência de “Gabinetes do Município”, ou órgãos afins de controlo interno, que podem ser úteis mas são coisa diferente.

Enfim, o próprio Executivo não escapou a esta “Ombudsmanmania”, como se pode exemplificar com a figura do *Defensor do Contribuinte*, cargo surgido em 1996, no âmbito da lei orgânica do Ministério das Finanças.

A verdade impõe se diga que, por muito legítimas fossem – e não duvido fossem – as razões destas frequentes iniciativas, não é nada líquido que se tenha procurado estribá-las nos devidos estudos de suporte científico e é pouco seguro que se tenha balanceado com rigor as vantagens e inconvenientes da criação destes órgãos.

Como, com fina ironia, escreve o Prof. Doutor João Caupers, a propósito da admissibilidade, entre nós, de outros *ombudsmen*, “esta não é uma questão relativamente ao esclarecimento da qual possamos recorrer a grandes contributos doutrinários. Pode mesmo dizer-se que de tal problema existem menos rastros do que dos velhos dinossauros”. Opinião, aliás, que o Prof. Doutor Vital Moreira partilha, quando assinala o “notável défice de

discussão académica e de literatura que existe sobre o Provedor de Justiça de Portugal”, por contraponto ao seu sucesso institucional.

Nada mais preciso para explicar a razão do Seminário que decidi levar a cabo, em Outubro de 2001, para soprar um pouco a neblina que tem pairado sobre estas temáticas dos Provedores públicos, sectoriais e territoriais.

Devo sublinhar que o Seminário teve lugar na Assembleia da República, sob o alto patrocínio do seu Presidente da altura, Senhor Dr. Almeida Santos, e com o apoio inestimável da Fundação Luso Americana para o Desenvolvimento, na pessoa do seu presidente, Senhor Dr. Rui Machete. A ambos aqui deixo o meu público reconhecimento.

O Seminário foi esboçado em estreita cooperação com o então Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, Senhor Dr. Jorge Lacão, e dividido por temas, com sessões orientadas pelos Deputados daquela Comissão, sendo presidido pelo Senhor Dr. João Bosco Mota Amaral, Vice-Presidente, à época, do nosso Parlamento. Esta solução sintonizou bem com a legitimidade que advém ao Provedor de Justiça da sua eleição pela Assembleia da República. Presto também o meu sincero agradecimento aos Senhores Deputados intervenientes no Seminário.

O intuito de racionalizar as questões referentes à criação de *Ombudsmen* sectoriais e territoriais, que são de discussão irrecusável nos planos da constitucionalidade e da boa administração, motivou o convite, para mim honrosamente aceite, a alguns dos nossos melhores especialistas nesta temática. Os seus ensinamentos são dados agora à estampa e estou certo de que passarão a constituir peças doutrinárias inovatórias. Para todos eles, e também para Gil Robles, Comissário para os Direitos do Homem do Conselho da Europa, que nos trouxe o saber da experiência vivida como *Defensor del Pueblo* de Espanha e a visão comparada dos países europeus, a minha gratidão.

Julgo que passamos a estar, assim, melhor esclarecidos, quer dizer, mais lúcidos. E isso é importante. Não tanto para evitar a repetição de iniciativas de criação de provedores públicos, que hão-de vir, provavelmente. Quando vierem, porém, não terão a escusa de um vazio doutrinal.

*H. Nascimento Rodrigues*

## **Intervenção de abertura**



## João Bosco Mota Amaral

Senhor Provedor de Justiça

Senhor Comissário para os Direitos do Homem do Conselho da Europa

Senhor Presidente da FLAD

Senhora Secretária-Geral da Assembleia da República

Ilustres Convidados

Senhoras Deputadas e Senhores Deputados

Minhas Senhoras e meus Senhores:

O Presidente Almeida Santos encarregou-me de, em seu nome e por motivo da sua ausência de Lisboa, em serviço oficial, abrir os trabalhos deste Seminário e a todos desejar as boas-vindas ao Palácio de São Bento, sede da Assembleia da República.

É uma grande honra para mim saudar, em representação do próprio Parlamento, todas as ilustres personalidades presentes e de um modo especial o Senhor Provedor de Justiça, Dr. Henrique Nascimento Rodrigues e o Senhor Presidente da Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, Dr. Rui Machete, ambos antigos parlamentares e antigos ministros, com altos serviços prestados a Portugal. Ao Prof. Álvaro Gil-Robles, Comissário para os Direitos Humanos do Conselho da Europa, um espanhol nascido em Portugal, cuja eleição tive o gosto de apoiar na Assembleia Parlamentar de Estrasburgo, dirijo também uma saudação cordial.

Minhas Senhoras e meus Senhores:

É a Assembleia da República, exercendo o poder soberano por mandato expresso do Povo Português, a entidade que designa o Provedor de Justiça. A Constituição requer uma maioria qualificada de dois terços para a eleição do titular do cargo, revestindo-o assim de toda a autoridade, jurídica e política, necessária para o desempenho das suas espinhosas funções.

Se bem que deva apresentar relatórios da sua actividade ao Parlamento, a magistratura do Provedor de Justiça é de todo independente, servindo esses documentos muito mais para se avaliar a resposta da Administração e dos outros poderes do Estado às instâncias do Provedor do que para apreciar a actividade deste. De resto, mesmo que porventura julgue negativamente tal desempenho, a Assembleia da República não tem poderes para destituir o Provedor de Justiça, cujo mandato de quatro anos é portanto inamovível, podendo ainda ser reeleito.

Ligado indissociavelmente à restauração da plenitude dos direitos humanos em Portugal, com a Revolução do 25 de Abril e a Constituição que deu forma ao seu ideário de Liberdade e de Democracia, o Provedor de Justiça depressa ganhou entidade e força próprias. Reconhecido e respeitado pelos cidadãos e pelas cidadãs, apoiado pela comunicação social, genericamente acatado pelos órgãos do poder público a quem endereça as suas recomendações, temido apenas pelos aspirantes ao abuso, que aliás o funcionamento da democracia, na nossa sociedade aberta e plural, naturalmente rejeita e elimina, o Provedor de Justiça tornou-se uma instituição incontornável e muito prestigiada entre nós. O longo e profícuo mandato do Conselheiro Menéres Pimentel, antigo parlamentar e antigo ministro, a quem dirijo um caloroso cumprimento, conferiu ao cargo uma visibilidade muito elevada e um timbre de arrojado intervencionismo e de irreverente independência, que fica marcando, irreversivelmente, o código genético da função.

Na sua origem, a missão do Provedor tem na mira, antes de mais, a justiça substancial do caso concreto, nas relações dos cidadãos e das cidadãs com a Administração Pública. A protecção dos direitos individuais coloca-o permanentemente do lado dos mais fracos, dos que carecem de meios para defender o que é seu ou nem sequer alcançam fazer ouvir a sua voz. Mas a nossa Lei Fundamental e os diplomas que a desenvolvem configuram os poderes do Provedor de Justiça de modo a reconhecer-lhe um papel mais alargado na realização do Estado de Direito e na própria defesa da Constituição.

Ao fim de um quarto século de funcionamento, que na nossa sociedade vertiginosa conta por mais de um ou dois séculos completos de eras antigas, o Provedor de Justiça tem, do ponto de vista institucional, o seu lugar bem definido na estrutura e funcionamento do Estado no nosso País. O impacto social da sua actuação encontra-se, porém, dependente, como tudo o resto afinal, da repercussão que lhe seja dada no espaço mediático, determinada em derradeira análise pelas concepções, interesses e expectativas de quem assegura a animação dele.

Só em circunstâncias muito excepcionais, como as que se estão vivendo nos Estados Unidos da América, em consequência dos trágicos acontecimentos do dia 11 de Setembro, o poder do Estado Democrático interage directamente com a opinião pública, passando por cima dos mediadores comunicacionais. Estes descobrem-se então, com surpresa e algum despeito, não só despojados das prerrogativas de filtração e crítica de que se habituaram a dispor, como mesmo criticados e até reprimidos pelo exercício delas, repudiado como arrogante e manipulador por uma cidadania desperta e especialmente motivada para a participação cívica e democrática.

Novos problemas vão surgindo, no entanto, na área de actuação do poder do Provedor de Justiça. O Seminário que agora se inaugura vai abordar dois deles: por um lado, a pluralidade de figuras institucionais afins, com esfera de competência especializada, como o Defensor do Contribuinte, por exemplo, que na prática precludem ou pelo menos complicam a intervenção constitucional do Provedor de Justiça; por outro lado, o poder deste mesmo Provedor face às entidades administrativas independentes, criadas pelo Estado para dar satisfação às múltiplas exigências que lhe são feitas por uma sociedade em acelerada evolução, por isso mesmo sempre carecida de formas de administração novas e imaginativas.

A abordagem destas questões será feita por académicos de renome, seleccionados pelos organizadores do Seminário, certamente segundo os melhores critérios. A Comissão Parlamentar dos Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, órgão competente da Assembleia da República para tais matérias, vai participar nessa reflexão com o maior empenho, desde logo testemunhado na presença do seu ilustre Presidente, Senhor Deputado Jorge Lacão, a quem saúdo amistosamente, e de outros dos seus membros, representando quase todos os partidos políticos com lugar no Parlamento, como moderadores dos vários painéis constantes do programa do Seminário.

Minhas Senhoras e meus Senhores:

A Assembleia da República acompanha com especial interesse tudo o que se refere ao Provedor de Justiça, sempre atenta a proporcionar-lhe os meios jurídicos e materiais para o perfeito desempenho da sua função constitucional.

A própria composição da Assembleia da República a isso a inclina, naturalmente. O Parlamento reflecte, de modo pleno, a pluralidade de interesses, opiniões e objectivos que atravessa a sociedade portuguesa. Deve estar por isso, como instituição, imune à tendência para moldar a realidade às vantagens imediatas de quem exerce directamente o poder do Estado e do seu

fulgor se inebria, talvez para esquecer as limitações dele, tantas vezes dramáticas...

Na Assembleia da República, norteados todos pela realização do bem comum, aspiramos à realização do Direito e da Justiça, que assegure a dignidade como pessoa de cada um dos portugueses e de cada uma das portuguesas. Para tão nobre efeito o Provedor de Justiça é, de algum modo, o braço armado do Parlamento — armado com as armas da Liberdade e da Razão, para dar, a todos disso carecidos, aquilo que é seu.

**O modelo de unidade e a  
criação de instituições afins do  
Ombudsman: uma tensão  
recorrente na experiência  
parlamentar**



**Questão prévia.** A abordagem do tema proposto implica uma delimitação e um esclarecimento prévio relativamente ao respectivo objecto: o que se entende aqui por instituições afins do *ombudsman* e qual a experiência parlamentar considerada.

Quanto à experiência parlamentar, importa esclarecer que estamos centrados no período posterior a 1975, em que o instituto do *ombudsman* se revela.

Quanto às instituições afins, importa proceder a um recorte da afinidade, para melhor identificar aquilo que aqui nos ocupa. Com efeito, não nos preocupamos exactamente com todas as instituições afins ou próximas, mas apenas com verdadeiros e próprios *ombudsmen* ..., embora especiais. Ocupa-nos aqui a figura dos PROVIDORES ESPECIAIS ou SECTORIAIS.

## I. Elementos para um conceito.

A universalização e a generalização do *ombudsman* não se fez por mera reprodução do modelo original, verificando-se antes a adaptação e o enriquecimento sucessivo do modelo sueco. A variedade é actualmente tão grande que chegamos a questionar se será possível aceder à identificação de uma natureza única, a um conceito que revele a essência do órgão e o permita distinguir dos demais.

Em nosso entender, e depois de analisar múltiplos sistemas<sup>1</sup>, identificamos quatro critérios que compõem o código genético deste órgão:

1. O acesso dos particulares – um acesso directo e tendencialmente incondicionado<sup>2</sup>. E este acesso é tão amplo e incondicionado que pode dar

---

<sup>1</sup> Em dissertação de mestrado ainda inédita.

<sup>2</sup> Com excepção do Reino Unido e da França, onde se verifica uma intermediação parlamentar na tramitação das queixas ao órgão com funções homólogas. Este aspecto tem servido para questionar sobre se estes órgãos são verdadeiros *ombudsmen*, e não deixa de ser interessante verificar todas as tentativas de facilitar o acesso dos particulares, incluindo a possibilidade

lugar a uma intervenção autónoma do órgão, por iniciativa própria – basta ao *ombudsman* tomar conhecimento, por uma qualquer forma, de um determinado facto para poder agir. Estamos perante um relevantíssimo sinal da informalidade do órgão.

2. Independência face ao executivo – o *ombudsman* partiu na sua origem de um modelo de controlo parlamentar da Administração e este constitui o mínimo denominador comum do instituto<sup>3</sup>. A maior ou menor independência absoluta<sup>4</sup> do órgão não é um elemento do seu conceito, mas antes um critério do respectivo modelo ou capacidade de intervenção.

3. Critério de actuação, que é sobretudo um critério informal – o *ombudsman* actua segundo critérios não definidos expressamente na Constituição ou na lei, permitindo-se-lhe o poder de os definir no caso concreto, determinando o que entende por boa ou má administração, o que considera justo ou injusto, razoável ou irrazoável. Estamos perante um caso típico em que o seu critério de actuação será definido por equidade, enquanto expressão de uma norma superior de justiça (critério material de decisão) e adaptação a uma situação particular de uma solução específica. Também aqui se revela a informalidade do órgão.

4. A ausência de poder decisório por comodidade de expressão. Com efeito, o juízo formulado por este órgão envolve uma decisão que até produz efeitos, com a única diferença que estes efeitos não são susceptíveis de alterar directa e imediatamente a situação jurídica que é objecto de queixa. Não enquadra as típicas funções do Estado – legislativa, administrativa e judicial. A diferença do *ombudsman* há-de assim residir numa específica função de controlo e orientação política.

Face a estes critérios, a figura dos “provedores especiais ou sectoriais”, a que nos referiremos nesta comunicação, identifica-se com o que aqui desenhámos por envolver órgãos de acesso directo, informal e praticamente incondicionado, com possibilidade de iniciativa própria, independentes, com capacidade de definição dos próprios critérios de actuação e incapacidade de alteração directa e imediata da situação objecto de queixa. Com uma grande diferença – é que estes órgãos estão subordinados ao princípio da especialidade.

---

prática de acesso directo com regularização posterior pelo consentimento de qualquer um dos membros do parlamento.

<sup>3</sup> A independência face ao Executivo.

<sup>4</sup> Pode ser independente do Parlamento, ou não.

Deixamos portanto de fora do nosso critério de afinidade para efeitos desta comunicação outros órgãos como as comissões de petições, tribunais de contas no âmbito dos respectivos juízos de mérito, altas autoridades, etc.

Passemos então à análise das origens do modelo instituído.

## **II. O 1.º momento de tensão – a constitucionalização do órgão.**

O primeiro momento de tensão quanto ao modelo de *ombudsman* a instituir em Portugal, ocorreu logo no debate da Assembleia Constituinte, em que se confrontaram modelos de democracia e concepções diferenciadas sobre a posição do indivíduo perante o Estado.

De um lado, o Partido Comunista Português (PCP) e o Movimento Democrático Português/Comissão Democrática Eleitoral (MDP/CDE) que se opunham à constitucionalização do Provedor de Justiça, alegando a suficiência dos meios de garantia consagrados e o desequilíbrio que decorreria na relação entre o indivíduo e o Estado se aquele se pudesse socorrer de mais este meio de defesa contra o Estado.

Do outro lado, o Centro Democrático Social (CDS) que propunha um Defensor do Cidadão com poderes sobretudo de participação hierárquica e participação judicial, o Partido Popular Democrático (PPD) que apresentava um Comissário Parlamentar dos Interesses dos Cidadãos e o Partido Socialista (PS) que pretendia um Provedor de Justiça para o sector da Administração a cargo do Governo, designado pela Assembleia Legislativa Parlamentar, e um outro para as Forças Armadas, designado pelo Conselho da Revolução.

Este último bloco conseguiu a convergência necessária à consagração constitucional do Provedor de Justiça, mas também aqui já estava presente uma tensão entre dois modelos de *ombudsman*.

## **III. O 2.º momento de tensão - a grande inovação.**

### **1. Duas concepções em confronto.**

No lado daqueles que pretendiam a constitucionalização do Provedor de Justiça, havia uma corrente que o considerava como órgão auxiliar do Parlamento no controlo da actividade do Governo e da Administração Pública e uma outra que o subtraía à órbita do Parlamento, conferindo-lhe um significado próprio e ampliando a respectiva capacidade de controlo.

Com efeito, quer a proposta do CDS, quer a proposta do PPD, denunciavam uma localização sistemática do instituto bem expressiva de uma pretendida natureza auxiliar e traçavam um quadro de intervenção do órgão

circunscrita à actividade do Governo e à actividade da Administração Pública. Esta corrente estava muito próxima do modelo originário em que o *ombudsman* surgiu, num contexto de sistema dualista.

Pelo contrário, a proposta do PS já apontava para um instituto de intervenção mais ampla. Tomava por referência e alvo do seu controlo os diversos poderes públicos<sup>5</sup>, evitava colocar o órgão na órbita estrita do Parlamento e procurava dar-lhe uma expressão própria da sociedade civil e dos indivíduos que lhe cabe defender, traduzida na sua própria localização sistemática ao lado dos direitos, liberdades e garantias. Foi este o modelo que veio a prevalecer.

A este traço não era estranho o condicionalismo histórico de que se saía: um sistema marcadamente anti-parlamentar, com compressão ou mesmo apagamento de certas liberdades fundamentais, não reconhecimento da Oposição ou da sua organização fora dos períodos eleitorais, em suma, pela sua natureza vincadamente autoritária.

Por outro lado, no plano da acção administrativa, o sistema de que se saía apresentava uma unidade geradora das maiores desconfianças em termos de garantia dos administrados: os chefes administrativos, os ministros, eram simultaneamente os autores dos parâmetros de legalidade e o controlo jurisdicional da legalidade dos seus actos não exorbitava do próprio poder administrativo, ao qual pertenciam também os tribunais administrativos.

O sistema do Estado Novo já tinha levado alguns meios oposicionistas e de profissionais do foro a reivindicarem um órgão do tipo do *ombudsman*, mais como uma fórmula de controlo político externo aos poderes constituídos, com uma dimensão política acrescida e assente numa acentuada perspectiva de participação, com uma legitimidade directamente decorrente do seu exercício independente e radicada na própria sociedade, com prejuízo dos poderes constituídos. Aqui estava já em embrião um modelo inovador de *ombudsman* com poderes extensivos, que foi mais tarde consagrado na nossa Constituição e que tem vindo a ser acolhido com sucesso noutros sistemas que só recentemente se converteram aos valores democráticos.

O modelo vencido voltaria a fazer-se sentir aquando da 1ª Revisão Constitucional, num projecto de revisão da autoria de BARBOSA DE MELO, CARDOSO DA COSTA e VIEIRA DE ANDRADE. Também ALVES CORREIA,

---

<sup>5</sup> Neste aspecto, o próprio projecto do Partido Socialista é contraditório. Se no n.º 1 do respectivo artigo 29.º refere a existência de dois provedores de Justiça, um dos quais para o “*sector da Administração a cargo do Governo*”, no n.º 3 do mesmo artigo refere que “*um e outro terão por função receber as queixas dos cidadãos relativamente à Administração e aos Poderes Públicos*”, sublinhado nosso.

em monografia dedicada ao Provedor de Justiça, considerava, tendo presente o modelo clássico de *ombudsman*, ter havido um equívoco do legislador constitucional, defendendo que o órgão tinha sido pensado para controlar exclusivamente a actividade administrativa do Estado. E o próprio Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República viria a pronunciar-se pela não obrigação do Governo de responder a um pedido de informação do Provedor de Justiça sobre o andamento de um projecto legislativo (limitando assim os seus poderes à actividade administrativa).

Em todo o caso, o funcionamento do órgão permitiu que, em pouco tempo, todos ficassem rendidos à sua importância e à generosidade dos seus poderes<sup>6</sup>.

## **2. O modelo consagrado.**

### **a) A natureza jurídica do órgão.**

O modelo português de *ombudsman* apresenta-o, desde logo, como um órgão constitucional, cujo significado vai para além da força e forma do acto constitucional. Assim, descortinamos três aspectos substanciais resultantes desta constitucionalização:

1. Ele assume desde logo um significado especial na concretização de um princípio estruturante do Estado português, aprofundando a dimensão participativa do princípio democrático - que não é essencial ao sistema político, mas que complementa o núcleo essencial da democracia representativa;

2. Não sendo um órgão de soberania e não tendo relações de paridade com os diversos órgãos de soberania, também não tem relações de hierarquia e de subordinação, justificando-se, portanto, um estatuto constitucional de autonomia e independência;

3. A constitucionalização significa ainda que este órgão não tem uma função meramente técnica, embora não atinja um estatuto de órgão de soberania porque não consegue obter uma plena dimensão criadora.

O Provedor de Justiça é um órgão do Estado, com um lugar próprio na organização do Estado, sem prejuízo da sua independência e dos interesses que lhe cumpre defender e prosseguir. Não faz qualquer sentido entender o Provedor de Justiça como mero porta-voz de quaisquer interesses exclusivamente radicados no pólo sociedade, quando se fala em contra-posição Estado/Sociedade.

---

<sup>6</sup> Como aponta MARCELO REBELO DE SOUSA, *O papel do Provedor de Justiça na feitura das leis*, in *Provedor de Justiça – 20º Aniversário 1975-1995*, Lisboa, 1996, p. 7.

Sendo um órgão do Estado, não está limitado à ideia e ao conceito de Estado-Administração. A formulação ampla do órgão, a sua localização sistemática no texto constitucional, o tipo de poderes e o estatuto de independência leva-nos a considerar que é um órgão do Estado, entendido este enquanto comunidade política, pairando sobre a actividade dos diversos órgãos do Estado-Administração, das regiões autónomas, das autarquias locais e de outros entes públicos ou mesmo privados.

O Provedor de Justiça é um órgão de controlo, na medida em que promove sempre um juízo entre uma decisão tomanda e uma decisão tomada. A possibilidade de exibir a comparação entre dois sentidos de uma ideia de Justiça, ou de concretização da Constituição ou de boa administração e a possibilidade de participar na correcção ou prevenção/conformação dos sentidos efectivos futuros permitem ao Provedor de Justiça assumir um papel criativo, para além de uma mera função garantística<sup>7</sup>.

O Provedor de Justiça é, no entanto, um órgão de controlo cooperante, um controlo *sui generis* porque não se traduz na produção de qualquer um dos actos típicos do Estado – legislativos, judiciais ou administrativos – nem determina qualquer vicissitude na titularidade de qualquer órgão. É um controlo que, para se concretizar com qualquer efeito útil carece da cooperação de um outro órgão<sup>8</sup>, activando qualquer um dos outros tipos de controlo conhecidos. Resulta daqui que se existe uma possibilidade de controlo amplo, esta só se revela porque o órgão tem um poder virtual idêntico ao do órgão controlado e ainda que o controlo será tanto mais eficaz quanto o Provedor pondere também na decisão tomanda o ponto de vista do autor da decisão tomada e destinatário da sua intervenção.

O Provedor de Justiça é um órgão político porque ao exercer o seu controlo formula critérios, paralelos ao das entidades a que se dirige, fundados na ideia de Justiça material. A partir daqui pode dar uma racionalidade política ao modo de exercício do poder. E isto para já não falar do exercício de uma função política de facto.

O Provedor de Justiça é um órgão independente quer do Executivo, quer do Parlamento, quer de qualquer outro poder. A sua independência tem expressão estatutária na sua inamovibilidade, imunidade e incompatibilidades. Tem, ainda, expressão funcional, na medida em que só actuará por determinação da sua vontade.

---

<sup>7</sup> É este papel criativo, potenciado pela acção informal do *ombudsman*, que deve ser acentuada em relação ao controlo judicial.

<sup>8</sup> Nomeadamente do seu destinatário.

Por último, o Provedor de Justiça é um órgão de intervenção comum, com uma competência genericamente definida e com uma globalidade de intervenções possíveis atendendo à actividade controlada, que abrange qualquer actuação por acção ou omissão, às entidades controladas, que são os poderes públicos e sem se identificarem quaisquer excepções, e quanto ao fundamento de actuação do órgão, que deve ser a ideia de Justiça.

#### **b) Um modelo de unidade.**

Para além do que já vai implícito na natureza jurídica do órgão, há todo um conjunto de indícios que apontam para a intenção do legislador constituinte de um modelo unitário de *ombudsman*.

Em primeiro lugar, no que diz respeito ao fundamento jurídico do órgão, que radica na CRP e está presente na instituição de um órgão vocacionado para a prevenção e reparação de todas as injustiças decorrentes da actividade dos poderes públicos, qualquer que seja a respectiva natureza e origem.

Em segundo lugar, o fundamento material do órgão e que consiste na defesa dos cidadãos contra actos dos poderes públicos e em defesa dos direitos fundamentais. A dimensão fundamental dos fins prosseguidos pelo Provedor de Justiça impõe um órgão não circunscrito.

Em terceiro lugar, a legitimidade de título, decorrente da designação pela Assembleia da República e pela maioria qualificada de dois terços dos deputados presentes, o que representa um indício da natureza fundamental dos interesses que deve prosseguir, do perfil consensual do titular na defesa desses interesses e da deslocação da respectiva racionalidade de actuação para fora do combate político, impondo-o a qualquer defensor de interesses especiais.

Em quarto lugar, a natureza unitária do Estado admite um controlo unitário do poder por via do Provedor de Justiça, uma vez que os direitos fundamentais e a justiça são oponíveis a qualquer poder da mesma forma e com idêntico critério.

Em quinto lugar, a natureza independente do Provedor de Justiça e a ausência de domínio sobre a decisão final torna-o compatível com qualquer princípio de autonomia existente.

Em sexto lugar, a identidade de poderes instrumentais do Provedor de Justiça face aos diversos poderes públicos implica que a unidade não implique quebra de eficácia.

#### IV. O 3.º momento de tensão – a tentação da ruptura.

A consolidação e o sucesso do Provedor de Justiça no nosso sistema tem determinado uma verdadeira tentação da sua multiplicação. Ora no domínio do *marketing* privado, com muitas empresas a recorrerem a um mero equivalente semântico, ora no domínio do próprio *marketing* político com a proposta de provedores para dar voz a temas específicos. Foi certamente a verificação de que o Provedor de Justiça tem voz e que esta se ouve, que tem motivado alguns agentes a tentarem amplificar causas específicas e temas políticos pela criação de provedores também específicos.

Neste contexto, e nem sempre com as mesmas motivações, tem-se falado do provedor de justiça militar, do provedor para a segurança no trabalho, do provedor de saúde, do promotor ecológico, do provedor dos deficientes, do provedor do idoso, do provedor da criança, do provedor do animal, etc.

E se nenhum partido tem resistido à tentação, também é certo que todos se têm conjugado na aritmética certa para impedir a sua consumação. Vejamos as tentativas.

As tentativas de criação de Provedores especiais pela AR têm sido múltiplas. Correndo o risco de não ser exaustivo, podemos apontar as seguintes:

Logo na Assembleia Constituinte verificámos que o PS apresentou uma proposta de um Provedor para as Forças Armadas, com uma lógica que já foi apontada e que não é susceptível de se repetir.

No quadro da 2.ª Revisão surgiu uma proposta do Partido Ecologista “Os Verdes” (PEV) que contemplava a criação de um PROMOTOR ECOLÓGICO<sup>9</sup> e que não logrou ser aprovada, em clara afirmação da natureza de intervenção comum do Provedor de Justiça.

Daqui cumpre destacar as intervenções do Deputado Vera Jardim (PS) onde refere que esta iniciativa vem na sequência da reivindicação do provedor dos consumidores ou do provedor das mulheres, acentuando que aquilo que deve estar em causa é o reforço dos poderes do Provedor de Justiça, transformando-se esta questão da promoção específica um problema interno de organização da Provedoria de Justiça<sup>10</sup>. Também a Deputada

---

<sup>9</sup> Artigo 23.º-A proposto pelo PEV.

<sup>10</sup> Diário da Assembleia da República, II Série, n.º 8-RC, de 22 de Abril de 1988, pp. 166-167.

Assunção Esteves (PSD) proferiu uma intervenção sobre esta matéria muito interessante<sup>11</sup>.

Aliás, a argumentação do Deputado Vera Jardim de que a promoção específica de certos interesses era um problema de organização interna é muito curiosa face a um projecto de lei apresentado em 5 de Março de 1997 por alguns Deputados do PS, onde se determinava a criação de um lugar de “adjunta do Provedor de Justiça para os Direitos da Mulher”. Proposta curiosa a vários títulos, mas que não chegou a ser agendada nem discutida<sup>12</sup>.

O Partido “Os Verdes” insistia com a criação do PROMOTOR ECOLÓGICO por legislação ordinária<sup>13</sup>, cuja motivação dava conta da necessidade de “*ligação entre aquele que se queixa e o que tem o dever e as possibilidades legais e técnicas de corrigir as situações que geram os atentados objecto de tais queixas*”. Está aqui presente a ideia de participação.

Este projecto foi discutido e votado na generalidade em Março de 1990<sup>14</sup>, sendo rejeitado pelo PSD e CDS, com a abstenção do PS. A favor, falou-se da necessidade de criar uma “consciência ecológica nacional”, da necessidade de especialização técnica numa matéria bastante complexa e até, pasme-se, da necessidade de criação de um provedor do Ambiente para além do Provedor de Justiça porque a existência de um Ministro da Justiça não levava a prescindir de um Ministro do Ambiente...<sup>15</sup> O PS recordou os pontos de discordância no plano dos princípios: contra a multiplicação de provedores contra uma hierarquia estatutária... admitindo, contudo, encontrar soluções na especialidade.

A persistência do Partido Ecologista “Os Verdes” não se ficou por aqui. No âmbito da IV Revisão da Constituição voltou a insistir, desta vez, num designado PROVIDOR ECOLÓGICO.

Mas o movimento apenas tinha começado. Em 1990 foi a vez de dois Deputados independentes apresentarem o seu projecto de lei com vista à

---

<sup>11</sup> Idem, p.167.

<sup>12</sup> Projecto de lei n.º 382/IV, Diário da Assembleia da República, II Série, n.º 51, de 7 de Março de 1987.

<sup>13</sup> Projecto de lei n.º 165/V, Diário da Assembleia da República, II Série, n.º 43, de 29 de Janeiro de 1988.

<sup>14</sup> Discussão na generalidade, Diário da Assembleia da República, I Série, n.º 54, de 21 de Março de 1990.

<sup>15</sup> Dizia assim o orador: *Sejamos lógicos e coerentes. Se o Governo, na sua última remodelação, concluiu que não lhe bastava ter um Ministro da Justiça para dispensar um Ministro do Ambiente, também deve reconhecer, ele e o partido que o apoia, pelo menos, que não basta ter um Provedor de Justiça, sendo igualmente necessário ter um promotor ecológico*”. Diário da Assembleia da República, cit., p.1932.

criação do PROVIDOR DOS DEFICIENTES<sup>16</sup>. Mais uma vez a motivação invocava uma distância entre a lei e a prática e a verificação de múltiplos interesses contrários. Mais uma vez a designação era da AR, mas agora por maioria qualificada de dois terços (ao contrário do anterior projecto de lei ordinária do PEV).

No debate<sup>17</sup>, um dos seus subscritores falava de um movimento de consciencialização dos problemas dos deficientes, da necessidade de criação de um porta-voz dos seus interesses. Contra, invocava-se mais uma vez a ideia de desvalorização do Provedor de Justiça presente numa proposta de multiplicação dos provedores, a ideia de discriminação a favor de uma categoria de cidadãos e a ausência de utilidade de uma instituição destas desprovida do estatuto constitucional do Provedor de Justiça.

Em 1993 foi apresentado um projecto de lei oriundo da bancada do PS que visava a criação do PROVIDOR DA CRIANÇA<sup>18</sup> e que não chegou a ser apreciado. Outra iniciativa relativa a este provedor especial ocorreu em 1998, oriundo da mesma bancada<sup>19</sup>. A sua sorte não foi muita, porque desta feita foi rejeitado pelos já habituais PSD, CDS, como também pelo PCP e PEV. Para além de algum desforço relativamente às posições anteriores do PS, estes partidos acrescentavam que o que importava era reforçar os mecanismos de intervenção e passar a concretizar a actividade de múltiplas instituições já existentes para defesa e protecção das crianças<sup>20</sup>.

Também em 1993 a bancada do PS apresentou um projecto de lei com vista à criação do PROVIDOR DOS DIREITOS E INTERESSES DOS IDOSOS<sup>21</sup>, que foi rejeitado com votos contra do PSD e CDS e os votos a favor do PS e do PCP<sup>22</sup>. O PS reconhecia o seu princípio contra a pulverização de provedores, mas referia que a população idosa já constituía ¼ da população e com problemas cada vez mais graves por resolver<sup>23</sup>.

---

<sup>16</sup> Projecto de lei n.º 545/V, Diário da Assembleia da República, II Série-A, n.º 46, de 2 de Junho de 1990.

<sup>17</sup> Diário da Assembleia da República, I Série, n.º 29, de 21 de Dezembro de 1990.

<sup>18</sup> Projecto de lei n.º 325/VI, Diário da Assembleia da República, II Série-A, n.º 38, de 5 de Junho de 1993.

<sup>19</sup> Projecto de lei n.º 553/VII, Diário da Assembleia da República, II Série- A, n.º 68, de 9 de Julho de 1998.

<sup>20</sup> Acta da Reunião Plenária n.º 17, de 22 de Outubro de 1998.

<sup>21</sup> Projecto de lei n.º 310/VI, Diário da Assembleia da República, II Série-A, n.º 33, de 14 de Maio de 1993.

<sup>22</sup> Diário da Assembleia da República, I Série, n.º 58, de 15 de Abril de 1994.

<sup>23</sup> Discussão na generalidade, Diário da Assembleia da República, I Série, n.º 55, de 8 de Abril de 1994.

Em Setembro de 2000, o BE apresenta um projecto de lei com vista à criação do PROVIDOR DOS IDOSOS<sup>24</sup>.

Em 1994 foi a vez do PSN apresentar um projecto para a criação do PROVIDOR DO ANIMAL<sup>25</sup>.

No âmbito da IV Revisão Constitucional, uma proposta oriunda de um Deputado do PCP avançava para a criação do PROVIDOR DO CONSUMIDOR, com uma formulação aproximada à do preceito referente ao Provedor de Justiça<sup>26</sup>.

Em 1996 surgiu um projecto do PS que visava a criação do PROVIDOR MUNICIPAL<sup>27</sup>. Este órgão apresenta algumas características novas: existência de um provedor em cada município, designado pela respectiva Assembleia Municipal; necessidade de o seu titular ser um jurista; representação graciosa dos munícipes junto dos tribunais e encaminhamento dos respectivos processos organizados para o Provedor de Justiça. Não obstante as críticas das várias bancadas<sup>28</sup>, nomeadamente quanto a certas competências e quanto à capacidade de todas as Assembleias Municipais conseguirem reunir o consenso mínimo de 2/3 dos seus membros, quanto à sua imperatividade ou quanto à oportunidade de serem os municípios o primeiro nível da Administração a quebrar a unidade do Provedor de Justiça, a ideia do provedor municipal já tinha sido defendida pelos vários partidos, com alguns até já criados. Importa acentuar que, neste debate, pela voz do PCP, o Deputado Luís Sá assumiu uma posição clara contra a fragmentação do Provedor de Justiça, condição considerada essencial para a afirmação útil e eficaz deste órgão.

Em 1998 todos os partidos argumentaram contra um diploma que regulamentava a figura do DEFENSOR DO CONTRIBUINTE no âmbito do Ministério das Finanças.

Em 2000 e 2001, BE<sup>29</sup>, PSD<sup>30</sup> e CDS<sup>31</sup> apresentaram projectos de lei com vista a alterar a legitimidade democrática deste órgão, retirando-o da esfera do Governo. Parece que aquele núcleo duro contra a fragmentação da

---

<sup>24</sup> Projecto de lei n.º 298/VIII, de 20 de Setembro de 2000.

<sup>25</sup> Projecto de lei n.º 446/VI, Diário da Assembleia da República, II Série-A, n.º 61, de 14 de Outubro de 1994.

<sup>26</sup> Projecto de Revisão Constitucional n.º 11/VII do Deputado independente integrado no grupo parlamentar do PCP, João Corregedor da Fonseca.

<sup>27</sup> Projecto de lei n.º 65/VII, de 9 de Janeiro de 1996.

<sup>28</sup> Acta da Reunião Plenária n.º 29, de 22 de Janeiro de 1997.

<sup>29</sup> Projecto de lei n.º 288/VIII, de 5 de Setembro de 2000.

<sup>30</sup> Projecto de lei n.º 337/VIII, de 21 de Dezembro de 2000.

<sup>31</sup> Projecto de lei n.º 341/VIII, de 12 de Janeiro de 2001.

figura do Provedor de Justiça cedeu finalmente à fragmentação a pretexto da legalidade democrática<sup>32</sup>.

## V. Conclusões.

### a) O comportamento parlamentar.

De todo este excuro importa retirar algumas conclusões quanto ao comportamento dos vários partidos nesta matéria:

- Em primeiro lugar, verifica-se que às tensões supra referenciadas soma-se uma outra: a tensão entre aqueles que defendem a fragmentação do Provedor de Justiça e aqueles que se opõem à fragmentação do Provedor de Justiça;
- Em segundo lugar, a posição de princípio contra ou a favor da fragmentação tem variado de partido para partido;
- Em terceiro lugar, os apóstolos iniciais da tese da fragmentação coincidem tendencialmente com os vencidos na primeira tensão enunciada;
- Em quarto lugar, a fragmentação não tem vingado apesar da verificação de maiorias abstractamente consideradas pró-fragmentação porque os diversos partidos não se entendem quanto ao respectivo critério, interesse ou nível de Administração;
- Em quinto lugar, sempre que em sede de Revisão Constitucional vinga a tese anti-fragmentação, o Provedor de Justiça é reforçado nos seus poderes;
- Em sexto lugar, todas as posições anti-fragmentação, do PSD, CDS, PS e até do PCP, a propósito do provedor municipal ou do debate de apreciação parlamentar do diploma que regulamenta o estatuto Legal do Defensor do Contribuinte, apontam para a unidade da figura como aquilo que promove a capacidade de intervenção do Provedor de Justiça e a fragmentação como um caminho para o respectivo esvaziamento.
- Em sétimo lugar, as recentes posições do PSD e CDS confirmam uma mudança de posição, ainda que possam invocar que não estão a criar um órgão, mas apenas a transformá-lo. No debate chega-se a sugerir a ideia de “armadilha”.

### b) O significado dos provedores especiais ou sectoriais.

Da análise dos vários projectos, verifica-se que os provedores especiais ou sectoriais:

- Não podem fazer nada que o Provedor de Justiça não possa fazer;
- Têm menos meios de intervenção do que o próprio Provedor de Justiça;

---

<sup>32</sup> Acta da Reunião Plenária n.º 38, de 18 de Janeiro de 2001. Acta da Reunião Plenária n.º 41, de 25 de Janeiro de 2001.

- Os únicos casos em que têm meios diferenciados, como no caso do Provedor Municipal ou do Defensor do Contribuinte do BE, são precisamente os menos consensuais e mais polémicos;
- A sectorialização impede uma defesa global dos direitos fundamentais, que muitas vezes exige uma actuação integrada e transversal a vários níveis de Administração;
- A sectorialização diminui a função de filtro que o Provedor de Justiça tem, tornando-o pouco adequado à função política que efectivamente desempenha<sup>33</sup>;

Em muitos casos é apontada a justificação de os provedores especiais ou sectoriais actuarem como porta-vozes de interesses que os desqualifica enquanto instâncias de controlo político dos restantes poderes e que com maior vantagem poderia ser desempenhada por instituições da sociedade civil;

Em outros casos fala-se na necessidade de uma promoção especial de certo interesse público que é típica das funções administrativas do Estado e que mais adequadamente seria prosseguida pela própria Administração com os controlos já existentes.

Não tenhamos dúvidas de que o resultado da multiplicação de provedores sectoriais será o inverso ao alegadamente pretendido de dar voz ao respectivo sector. Um provedor especial tenderá a ser confundido com um grupo de pressão, com uma expressão política diminuída e uma legitimidade de exercício muito condicionada porque não pondera outros interesses também legítimos, também políticos, também relevantes.

O que esta multiplicação subtrai em termos práticos ao Provedor de Justiça não é compensado com aquilo que acresce: a função complementar, que lhe é muitas vezes reservada num contexto de provedores múltiplos, não corresponde à legitimidade e independência que lhe é reconhecida.

### **c) O enquadramento jurídico-constitucional.**

Para além destes aspectos, que podem ter uma leitura política e desenvolvimentos vários sobre a utilidade e eficácia do órgão, o que dizer do ponto de vista jurídico-constitucional?

- O modelo de unidade defendido na Constituição impede qualquer subtracção ao âmbito de intervenção genericamente atribuído ao Provedor de Justiça;

---

<sup>33</sup> Entendemos mesmo que é a sua específica função política a razão principal do modelo unitário. Se esta função não existir, não vislumbramos nenhuma razão para que o órgão não possa ser multiplicado.

- Havendo possibilidade de outros provedores especiais de natureza infra-constitucional não pode haver diminuição de deveres por parte de qualquer poder público relativamente ao Provedor de Justiça com fundamento em actos desses outros provedores, podendo ocorrer situações perversas de conflito;

- Dando-se o caso de o Provedor de Justiça e esses outros provedores especiais terem funções de igual natureza, legitimidade de título idêntica (maioria qualificada de dois terços dos Deputados<sup>34</sup>), serem independentes e relatarem igualmente perante a Assembleia da República, verifica-se uma situação de potencial conflito e perversa quer para o modelo definido pela Constituição, quer para a Assembleia da República;

- Tendo o Provedor de Justiça uma competência constitucionalmente definida, não pode a lei impor qualquer sistema de relações de coordenação ou de articulação entre estes órgãos afins. O Provedor de Justiça tem inteira autonomia na determinação das suas relações com esses órgãos e pode dirigir-se-lhes como a qualquer outra entidade visada. A independência dos provedores especiais ou sectoriais não é oponível ao Provedor de Justiça.

É claro que até agora temos passado por uma fase afirmativa do Provedor de Justiça, onde se verifica a sua adequação e suficiência ao tipo de controlo político ou político-administrativo que se espera dele. Não é despropositado pensarmos que uma outra tentação decorra da concentração e burocratização deste órgão: a tentação da sobreposição dos serviços. Tudo terá de ser repensado quando o Provedor de Justiça der sinais de insuficiência ou quando a Provedoria (serviços) começar a aparecer autonomamente, em vez do Provedor, enquanto titular directamente legitimado pela Assembleia da República. Nessa altura, será o próprio órgão Provedor de Justiça que estará em crise e será mais justificada a tentação da Assembleia da República em criar provedores especiais directamente designados por si. Até lá, não se justifica.

---

<sup>34</sup> Repare-se que em alguns casos a legitimidade proposta em projecto de lei ordinária pode ser superior à estipulada na Constituição. Nesta determina-se uma maioria qualificada de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções. No supra citado projecto n.º 545/V (Provedoria dos Deficientes) o Provedor do Deficiente é designado por maioria de dois terços do número total de Deputados (art.º 4.º, n.º 1).

**Pluralidade e singularidade  
do Ombudsman  
na comparação de experiências  
europeias**



Senhor Presidente, Senhor Provedor de Justiça, Senhor Presidente da Fundação, todos os amigos, não vou falar em português, porque não quero cometer um crime contra a língua portuguesa. Nasci, é certo, neste maravilhoso País, onde vivi durante dez anos e do qual tenho as melhores recordações de infância, do Estoril e de Lisboa, mas não posso cometer este crime contra a língua de Camões. Peço autorização para falar em espanhol e tecer algumas reflexões. Depois da magnífica intervenção do Professor Boa Baptista que enquadrou muito bem a história da Instituição portuguesa, instituição que, quando tive oportunidade de trabalhar na elaboração da Lei Espanhola, serviu de ponto de referência, num momento em que em Espanha nos encontrávamos numa fase de evolução política e de feitura das leis de desenvolvimento da Constituição, porque era a primeira lei que surgia após a queda da ditadura.

A Lei Portuguesa foi um elemento de trabalho fundamental, porque constituiu uma mudança significativa na evolução que existira da Instituição do ombudsman, desde a sua origem, até ao ano de 1982 em que se iniciou a experiência espanhola.

Creio que para entender os diferentes modelos que existem na Europa, actualmente, temos que partir da ideia de que o ombudsman, que se encontra na origem do que é o Provedor de Justiça, o Defensor del Pueblo, o Médiateur, etc., é uma instituição eminentemente parlamentar, que nasce por defeito, para actuar quando outras instituições não o podem fazer.

Na Suécia, há mais de um século atrás, porque o Parlamento não podia fiscalizar permanentemente a Administração, nasceu, em primeiro lugar, o “Justice Counsellor”, e depois o ombudsman. Mas este fenómeno muito próprio dos países escandinavos, fica praticamente inactivo como instituição de controlo complementar da Assembleia e dos tribunais, até ao

---

\* Texto não revisto pelo Autor.

final da Segunda Guerra Mundial. E é depois da Segunda Guerra Mundial, quando na Europa começa a grande evolução da instituição do ombudsman, que nos damos conta, pouco a pouco, que os sistemas tradicionais de controlo não são suficientes para fiscalizar uma Administração moderna, activa, e muito intervencionista. Apercebemo-nos que somente os tribunais não são suficientes, porque são caros, lentos, de difícil acesso, e que os Parlamentos também não podem fazer um trabalho de controlo diário da Administração, uma vez que estão ocupados com os grandes problemas nacionais, nomeadamente com a função legislativa.

Verifica-se, assim, um espaço, um nicho vazio, que justifica a criação do ombudsman, começando a introduzir-se nos sistemas constitucionais europeus a figura do ombudsman, para completar esse espaço.

O que acontece é que o ombudsman começa a desenvolver-se na Europa, nomeadamente na Grã-Bretanha, nos Países Baixos, na Áustria e finalmente em França, introduzindo-se através de um processo algo decadente, na medida em que os Parlamentos, os sistemas constitucionais, assumem o ombudsman sem a totalidade das competências originais do modelo escandinavo, a saber: (i) controlo ordinário da administração, (ii) defesa dos direitos humanos, inclusivamente com poder de acção nos tribunais como acontece com o ombudsman da Finlândia, que pode chegar a perseguir penalmente um ministro.

Fê-lo o Sr. Söderman, actual Provedor Europeu e antigo Provedor da Finlândia, que perseguiu penalmente um ministro finlandês, colocando-o na cadeia em resultado desse processo. Os ombudsmen escandinavos detinham, de facto, um grande poder, que não era apenas retórico.

Nós, na Europa, por exemplo, retirámos a competência da acção penal, e nem todos os países assumiram o modelo do ombudsman eleito pelo Parlamento – na Grã-Bretanha, o ombudsman não é eleito directamente pelo Parlamento, sendo designado pela Coroa com ratificação parlamentar, em França, é de nomeação presidencial, com uma grande independência e um mandato de sete anos.

Houve, de facto, mudanças no modelo original, que prejudicaram a Instituição do ombudsman e, curiosamente, Portugal é o país que neste processo de difusão de uma instituição que se faz na Europa - nuns países à escala nacional, noutros à escala regional, noutros, como veremos, a uma escala específica ou sectorial - recupera um ombudsman nacional na Constituição, não como o fazem muitos países, em leis mutáveis, atribui-lhe muito poder, permite-lhe actuar perante o Tribunal Constitucional e confere-lhe novamente uma dupla função de controlo da Administração e de protecção de direitos humanos.

É um renascimento da instituição do ombudsman na Europa, no momento em que Portugal recupera o sistema democrático e, ao recuperá-lo, quer dar forças a todas as instituições de controlo democrático. Em Espanha, um pouco mais tarde, devido à duração da ditadura, adoptou-se o modelo português, porque nos parecia que o renascimento desta instituição fazia todo o sentido num país que saía de uma ditadura, que tinha de reconstituir a mentalidade democrática e que tinha uma oportunidade única, ao contrário das velhas democracias que têm muita dificuldade em assumir novas instituições de controlo, em criar de novo instituições “ideais,” que confirmam ao cidadão todas as possibilidades de defesa: (i) a judicial,(ii) a parlamentar, (iii) e a do ombudsman, que outras instituições actualmente na Europa têm muito em consideração .

Qual é a situação actual? Eu creio que, neste momento, o ombudsman depende do tipo de organização regional e territorial de cada Estado. Não há um modelo único de ombudsman, nem um só exemplo. Temos, na Europa, ombudsmen nacionais, regionais e municipais, no que respeita à organização territorial do Estado.

Todos estes três níveis (i) país, (ii) região autónoma, (iii) município, têm competência legislativa e todos podem eleger um ombudsman. Portanto, depende em que Estado nos situamos, podendo ainda haver um quarto nível, o supra nacional, como é exemplo o Provedor Europeu. A par destes, podem ainda existir Provedores especiais em razão da matéria, ou sectoriais, como, por exemplo, o ombudsman para os soldados, para as crianças, para as mulheres, para a ecologia, inclusivamente, nos Estados Unidos, verificou-se uma verdadeira “ombudsmanmania” generalizada. Havia o ombudsman da Rank Xerox, da Ford, etc., até em algumas cidades encaravam o Xerife local como o ombudsman, equiparação totalmente desprovida de sentido.

O problema estava na utilização do termo “ombudsman”, porque era útil utilizá-lo, pelo que temos que ter especial atenção em relação ao universo onde nos movemos quando analisamos o ombudsman.

Tomemos como exemplo os estados nacionais, aqueles que não têm uma estrutura federal – e, nestes, um ombudsman nacional pode actuar de duas maneiras: como poder único centralizado, ou com uma estrutura perfeitamente descentralizada, existindo vários na Europa que funcionam assim, como é o caso da França, onde existe um Médiateur único nacional e uma grande estrutura nas distintas regiões, com representantes do Médiateur nos vários departamentos, de tal maneira que, nesta grande estrutura, há uma mediação mais rápida entre os cidadãos e a instituição, que não têm necessidade de escrever para Paris, podendo ir a Bordéus, a Lion ou a Poitier

falar directamente com o representante do Médiateur, país que constitui um exemplo de estado nacional com um modelo totalmente descentralizado.

Temos também um modelo nacional com uma estrutura federal ou similar. É o modelo, por exemplo, que encontramos na Bélgica, onde existem dois ombudsmen: um para os Valões, outro para os Flamengos e um ombudsman nacional. Encontramos países como a Áustria, que possuem um ombudsman nacional mas, por exemplo, com três ombudsmen em vez de um e, para além disso, com algumas regiões.

Encontramos um Estado que não é formalmente federal mas quase, que é o Espanhol - nunca diremos oficialmente que é um Estado federal, mas um Estado de autonomias. Mas, na realidade, é praticamente um Estado federal, - onde temos um ombudsman nacional e um ombudsman das comunidades autónomas, eleito pelos respectivos parlamentos. Podemos encontrar também alguns ombudsmen municipais em Espanha.

Temos depois a Suíça, que é um estado confederal, onde praticamente o que existe são os ombudsmen puramente municipais, havendo eventualmente um ombudsman nalgum Cantão, mas quase todos são municipais.

E encontramos Estados puramente federais, onde não existe ombudsman nacional. A Alemanha, por exemplo, não possui ombudsman nacional, mas sim uma Comissão de Petições do Parlamento, cujo Presidente exerce as funções de ombudsman federal.

Sempre temos afirmado que o ombudsman é outra coisa. O Parlamento tem uma função própria e o ombudsman tem outra. Na Alemanha, contudo, nunca quiseram ter um ombudsman nacional. Não obstante, existem ombudsmen de alguns dos Estados e existe o ombudsman especial por natureza, que é o Ombudsman militar, o qual teve origem na Segunda Guerra Mundial e na situação que o exército alemão atravessava, e que tem sido muito activo como ombudsman sectorial. Como podem ver, há muitíssimas possibilidades e grande variedade de situações.

Nos novos Estados da Europa de Leste a tendência é a da criação de ombudsmen nacionais: na Hungria, agora na Eslováquia, que já possui um ombudsman nacional, na Rússia, que tem na Federação um ombudsman nacional e algumas entidades onde se estão a criar ombudsmen próprios, embora se procure que o poder seja do ombudsman nacional.

Passa-se o mesmo na Moldávia e na República da Letónia, também na Georgia, onde existe um ombudsman nacional, evitando-se criar outros ombudsmen com o objectivo de fortalecer uma única entidade.

Existe também toda uma panóplia de ombudsmen sectoriais: se uma criança tem um problema, cria-se um ombudsman sem estudar a questão de

fundo; se há um problema ecológico, criamos um ombudsman ecológico. Creio que estes nada resolvem e que, na maioria das vezes, a política de criar ombudsmen sectoriais não é coerente. Não quero com isto dizer que os ombudsmen sectoriais nunca sejam necessários, mas criá-los por sistema não faz sentido, e tentarei agora explicar porquê.

Antes, porém, de terminar a enunciação dos modelos, há dois que não queria deixar de citar: neste momento, existem os chamados “ombudsmen de crise”, e creio que há duas instituições na Europa que podem ser assim designadas. Em primeiro lugar, o ombudsman do Kosovo, de nacionalidade polaca, que não é eleito mas sim nomeado pelas Nações Unidas e que cumpre a função típica do ombudsman, com grande independência, recebendo queixas individuais e fiscalizando. O exemplo do Kosovo é muito interessante, porque é um território em plena crise decorrente da guerra que sofreu. Não existe estrutura política própria e, ainda assim, pensou-se que seria muito importante existir um ombudsman para receber as queixas individuais das minorias e dos grupos que aí se estabeleceram. As Nações Unidas nomearam então um ombudsman, que se encontra em plenas funções. Deixará de as exercer quando existir uma estrutura política democrática, mas, neste momento, aparece como um “ombudsman de urgência ou de crise”.

O segundo exemplo deste tipo de ombudsman, se é que assim pode ser chamado - e de certa maneira sim -, é o do Departamento de Recursos Humanos na Chechénia, que é um órgão nomeado pelo presidente da Federação da Rússia, de acordo com a iniciativa do Conselho da Europa, para proteger a população civil que se encontrava em pleno cenário de guerra sem qualquer estrutura à qual recorrer. Criou-se, então, uma instituição nacional russa com a intervenção do Conselho da Europa, que responde em grande parte pela sua função junto daquele Conselho.

É uma instituição de guerra, de combate, de crise, cuja função é tirar gente da cadeia, fazer buscas nos campos de refugiados, e atendeu, até agora, a cerca de dezoito mil queixas e pedidos individuais relativos a desaparecimentos, crimes e assassinatos etc, e que constitui uma nova concepção de ombudsman. Aí actua, não como um instituição complementar, como é o caso do ombudsman tradicional que completa a acção do Parlamento e da Justiça, mas com uma função substitutiva, uma vez que não existem nem Parlamento, nem Justiça, existe, tão somente, o ombudsman e o aparelho da justiça militar russa. Portanto, o ombudsman soube provar que é uma instituição muito útil, inclusivamente nos piores momentos de guerra e de combate, mas quando não se perca de vista a sua própria natureza e razão de ser, que é a de uma visão clara e ampla da protecção do indivíduo e das mudanças que se afigurem necessárias.

Neste contexto, o que eu assinalo é que é necessário potenciar instituições como o ombudsman, como o Provedor de Justiça, como o Defensor del Pueblo que difundam uma mensagem clara e nítida entre a população. É muito importante não gerar confusões. Nós estamos aqui para procurar resolver os problemas e não para criar comissões ou fórmulas que não funcionem. Creio que sempre que se possa há que reforçar a instituição nacional. E porquê? Por uma razão puramente operativa: temos que potenciar aquilo a que se chama o “Estado dos Cidadãos”, e não uma espécie de ideia de “Serviços Gerais”. Se queremos defender os cidadãos, temos que partir de uma facto categórico: que o homem, a mulher, o idoso, a criança, são cidadãos. E o ombudsman nacional tem a obrigação de defender os direitos humanos de todos os cidadãos.

Quanto mais compartimentarmos, mais contribuímos para que a Administração se disperse e que o poder se divida. O ombudsman, se algum fundamento possui, é o de não só tratar os casos individuais, dar resposta ao cidadão, apreciar o seu problema, procurar resolvê-lo, mas também extrair conclusões globais e assim consubstancia uma instituição cooperante, que contribui para a mudança normativa, para a mudança de actuação da Administração. Cooperante com quem? Com o Estado inteiro, com o Parlamento, podendo-se dizer: “Recebi sete ou oito mil queixas e esta é a radiografia da situação”.

Existem problemas sociais, na justiça acontece isto, nos hospitais aquilo, nas escolas outro tanto. E dessa análise verificou-se que, na generalidade dos casos, a origem, a raiz dos problemas, reside nestes aspectos: na antiguidade da lei, na inconstitucionalidade da lei, na interpretação que Administração faz da lei, etc. Portanto, a sua capacidade de recomendar e de promover a mudança depende da possibilidade de efectuar uma radiografia global do Estado. Se fragmentamos, temos, evidentemente, uma grande variedade de pequenas radiografias, mas o Parlamento perdeu a radiografia global do cidadão. Teremos um relatório especial em defesa da criança, outro em defesa do idoso, ou o que quiserem, e para a Administração será fácil defender-se relativamente a cada um deles. “Divide e vencerás!”. “Eu vou resolvendo um caso aqui, outro ali e nunca respondo colectivamente pelo que estou a fazer incorrectamente”. E, afora isso, canso a opinião pública, porque se tenho dez ou doze relatórios, ao terceiro ou ao quarto já não têm impacto. Mas, se tiver apenas um relatório importante, que concentre toda a opinião pública e os media, aí sim, é muito sério. É aí que o político tem que aceitar e assumir que lhe fizeram uma fotografia. A fotografia pode ser mais ou menos justa, mais ou menos agradável, mas reflecte a visão global dos cidadãos. É um instrumento de um grande valor para o Parlamento

e para “mudar as coisas” num país. Por isso, o ombudsman tem de ser absolutamente independente, para não fazer o jogo de nenhum partido político e apresentar os factos tal qual eles são.

Portanto, sou adverso à criação de ombudsmen sectoriais, porque debilitam a obra fundamental do Parlamento e do ombudsman nacional. Ainda que, aparentemente, configurem figuras complementares, não o são. Fragilizam a figura principal, perante a opinião pública e o próprio sistema.

Por seu turno, a relação entre ombudsmen nacionais e regionais é muito complexa, como tive oportunidade de verificar na qualidade de ombudsman nacional no meu país.

Existem muitos ombudsmen regionais: na Catalunha, no País Basco, na Galiza, na Andaluzia etc, e a Constituição Espanhola dá ao Defensor del Pueblo o poder de controlar todas as Administrações, regionais, nacionais municipais, etc, e aos ombudsmen regionais o controlo da administração regional autónoma. Existe um problema de sobreposição de competências, que tivemos de ultrapassar através de projectos, de acordos de cooperação, de coordenação, de respeito mútuo, de tal maneira que, quando intervém o ombudsman regional, o Defensor del Pueblo procura retirar-se e deixar-lhe terreno, sem, contudo, renunciar à sua competência. Simplesmente, tem a convicção de que o ombudsman que estiver mais perto do cidadão é o mais eficaz, mas como não pode renunciar constitucionalmente à sua competência vai informando o Parlamento de Madrid das queixas das regiões e dos municípios.

O sistema descrito constitui uma fonte de conflitos que procuramos resolver sempre através de um bom acordo, de um bom entendimento mas, logicamente, toda a instituição regional tende a converter-se em instituição nacional, na sua própria região. Assim sendo, não só procura controlar a administração regional autónoma catalã, como também a administração do Estado na Catalunha. E, logo de seguida, há um conflito. Então, cabe ao Defensor del Pueblo acalmar os ânimos da Administração do Estado. Portanto, se este puder ter delegados ou representantes nas localidades mais importantes, ou mais próximas das populações, isso é muito benéfico, porque o cidadão tem um acesso mais directo. Além disso, penso que hoje em dia, e com isto termino, se o Parlamento atribuir meios suficientes aos ombudsmen nacionais, estes podem, perfeitamente, fazer o trabalho de um ombudsman sectorial. Porque um ombudsman nacional pode ter secções distintas e pode ocupar-se dos assuntos ecológicos, dos assuntos das crianças e dos assuntos relativos aos idosos. O Defensor del Pueblo já o fez através de relatórios específicos que provocaram debates parlamentares, como, por exemplo, a situação da terceira idade, a situação das prisões, dos menores, que

implicaram modificações da lei do direito criminal e de outras. Não precisámos criar ombudsmen sectoriais em profusão. Simplesmente, rodeámo-nos de pessoas preparadas e especializadas que trataram destes assuntos. Temos contactado com instituições não governamentais que trabalham com essas matérias, temos visitado os locais, temos trabalhado seriamente para dar ao Parlamento um contributo positivo. Porque é muito importante que o ombudsman não só cumpra uma função de denúncia mas também de colaboração construtiva e fundamentada na solução dos problemas. Isto é um pouco da noção que eu tenho da minha própria experiência e da situação actual na Europa.

A ideia dos ombudsmen sectoriais é ou está sendo, em grande parte, produto de pressões de grupos sociais que têm interesses muito concretos a defender e que nem sempre são coincidentes com os interesses gerais. Procuram ter um representante específico para os seus interesses, esquecendo o conceito global de cidadão. E quando falo em conceito global de cidadão, refiro-me não só àqueles que têm a nacionalidade do país, como também àqueles que não a têm, porque nos esquecemos muitas vezes dos estrangeiros que trabalham legal ou ilegalmente, mas que são também pessoas que precisam da protecção do Defensor. Eu sempre defendi a ideia do ombudsman nacional, perfeitamente descentralizado, especializado e responsável, com suficiência de meios. Se se derem meios a um ombudsman nacional sai mais barato a longo prazo que dez ou doze ombudsmen sectoriais que são muito mais dispendiosos, são muito mais complexos e, afinal, a sociedade não entende nada do que querem dizer, porque têm visões muito díspares e eu acredito que é essencial ter uma visão global.

Permitam-me que fique por aqui. Sinto que não foi uma intervenção tão consistente como a do professor que analisou maravilhosamente a origem da Instituição Portuguesa e como foram as dos debates. Apenas queria aqui apresentar os vários modelos que podemos encontrar e a minha experiência pessoal que me leva a defender um tipo de modelo, que eu creio que também tem funcionado muito bem em Portugal, e que pode ainda vir a ser aperfeiçoado e completado. Recordo, quando vos falava de um ombudsman militar em Espanha que o ombudsman Espanhol foi a primeira instituição civil que entrou num quartel para inspeccionar e nada aconteceu ! Um dia, falei com o Ministro da Defesa e disse-lhe: “Senhor Ministro, o exército faz parte da Administração espanhola ou não?” Respondeu-me: “Claro que sim”. Então afirmei: “se o exército é constituído por cidadãos, soldados e oficiais com direitos constitucionais e eu tenho o dever de fiscalizar, pretendo começar a visitar as unidades militares para ver o que se passa. Pediu-me

então que expusesse o assunto aos Capitães Gerais para que a partir daí se pudesse trabalhar nesse domínio. Reunimos a totalidade dos Capitães Gerais em Madrid, no antigo Ministério da Defesa, onde o meu pai fora Ministro do Exército, e expliquei-lhes o que pretendia. Todos concordaram que não haveria qualquer problema. A partir daí começámos a visitar os quartéis, a elaborar relatórios onde denunciámos os maus tratos aos soldados, as praxes, abriram-se processos penais, etc. O Parlamento passou a dispor de uma informação perfeita e exacta do que se passava. Fizémos o mesmo com a Administração da Justiça. Os nossos amigos juízes diziam-nos que eram um poder independente, ao que eu respondia concordando que eram de facto um poder independente, mas que eram também um serviço público da Justiça que tinha que funcionar. São independentes para proferir as sentenças, mas têm que se deslocar ao tribunal para trabalhar, têm que fazer com que o mecanismo da Justiça, que é um serviço público, funcione. “Eu não vou controlar a vossa independência mas fiscalizo a Administração da Justiça” – disse-lhes. As queixas dos cidadãos eram a propósito das provas que se perdiam, dos funcionários que faltavam ou não trabalhavam, e eu queria que o serviço funcionasse. Resistiram mais que os militares, tenho que reconhecê-lo, bastante mais que os militares, mas hoje a Administração da Justiça está controlada. Não foi preciso criar um ombudsman para a Justiça. Estamos em contacto com o Conselho Geral do Poder Judiciário, enviamos-lhes os competentes relatórios e este moveu já muitos processos disciplinares contra juízes, por não se deslocarem ao tribunal, por não serem produtivos, etc. E nada aconteceu. Todos me odiaram profundamente, mas isso é outra coisa distinta: o trabalho do ombudsman é ser odiado no final do seu mandato, por várias gerações! Isto é um pouco do que vos posso transmitir da minha experiência. Tudo quanto se possa fazer para reforçar a instituição, muito ligada ao Parlamento, com a autoridade do Parlamento, consolidada na sociedade, activa e bem estruturada, só virá a beneficiar profundamente o sistema democrático.



**O Provedor de Justiça:  
garantia constitucional  
de uma instituição  
ou garantia  
de uma função?**



É com muito gosto que aqui me encontro e que venho participar neste Seminário sobre “O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes” e quero realçar a importância do tema.

Não estive na sessão da parte da manhã e, por conseguinte, pode haver algumas repetições naquilo que vou dizer em relação a intervenções já produzidas. Todavia, por um princípio da unidade lógica do meu pensamento, vou manter o esquema que preparei e que vai na linha de trabalhos anteriores meus, bem como de uma participação já há alguns anos em debate sobre entidades independentes organizada pela Comissão dos Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias desta Assembleia da República.

1. Introduzida em Portugal, na fase pré-constituente, pelo Decreto-Lei n.º 212/75, de 21 de Abril <sup>35</sup>, a figura do Provedor de Justiça ficou consignada no art. 24º (no texto original), hoje (após 1982), art. 23º da Constituição.

Como aqui se lê, os cidadãos podem apresentar queixas por acções ou omissões dos poderes públicos ao Provedor de Justiça, que as apreciará sem poder decisório, dirigindo aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças (nº 1) e sendo a sua actividade independente dos meios gratuitos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis (nº 2).

---

<sup>35</sup> De acordo com o "plano de acção" do Ministério da Justiça, aprovado em 20 de Setembro de 1974 (in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 240) e na sequência das Conclusões do I Congresso Nacional dos Advogados, Lisboa, 1973, pág. 30.

Presidiu à constitucionalização - fenómeno até então nunca verificado em Direito comparado<sup>36</sup>, apesar da relativa antiguidade do instituto nos países nórdicos - o objectivo geral, assumido pela Assembleia Constituinte, de salvaguarda dos direitos fundamentais após quarenta e oito anos de regime autoritário e de defesa contra tentativas de instauração de regimes análogos, fossem quais fossem as suas tendências ideológicas<sup>37</sup>.

Previsto no título I, de "Princípios Gerais", da parte 1 da Constituição, o Provedor de Justiça insere-se *de pleno* no regime comum dos direitos fundamentais - não se circunscreve aos direitos, liberdades e garantias, abrange também, com as devidas adaptações, os direitos económicos, sociais e culturais. Por outro lado, tal como os princípios da universalidade, da igualdade, da tutela jurisdicional e da responsabilidade civil das entidades públicas, bem pode estender o seu alcance a quaisquer direitos, ainda que não considerados direitos fundamentais<sup>38</sup>.

2. A Constituição não se limita a uma garantia institucional, impedindo a lei ordinária de suprimir a figura. Recorta, desde logo, o seu lugar no sistema, a par de outros órgãos.

O Provedor é um órgão independente (art.23º, nº 3, 1ª parte, após 1989), com o titular eleito pela Assembleia da República, por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos

---

<sup>36</sup> Depois da Constituição de 1976, outras Constituições viriam a proceder a análoga consagração da figura: assim, a espanhola de 1978 (art. 54º) ou a cabo-verdiana de 1992 (art. 20º, nºs 3 e 4).

<sup>37</sup> V. Diário da Assembleia Constituinte, nºs 36 e 37, sessões de 22 e de 26 de Agosto de 1975, págs. 990 e segs. e 1005 e segs., respectivamente.

<sup>38</sup> Cfr., na doutrina, ANDRÉ LEGRAND, Une institution universelle: l'ombudsman?, in Revue du droit public, 1973, págs. 851 e segs.; ROBERT PIEROT, Le médiateur: rival ou allié du juge administratif?, in Mélanges offerts à Marcel Waline, obra colectiva, Turim, 1974; ANTÓNIO LA PERGOLA, Ombudsman y Defensor del Pueblo. Apuntes para una investigación, in Revista de Estudios Políticos, Janeiro-Fevereiro de 1979, págs. 69 e segs.; GIUSEPPE DE VERGOTTINI, Ombudsman, in Enciclopedia de Diritto, XXIX, 1979, págs. 879 e segs.; FERNANDO ALVES CORREIA, Do Ombudsman ao Provedor de Justiça, Coimbra, 1979; ALVARO GIL ROBLES Y GIL DELGADO, El control parlamentario de la Administración (El Ombudsman), 2ª ed., Madrid, 1983; LUÍS SILVEIRA, O Provedor de Justiça, in Portugal - O sistema político e constitucional - 1974-1987, págs. 701 e segs.; MENÉRES PIMENTEL, Provedor de Justiça, in Dicionário Jurídico da Administração Pública, VI, págs. 653 e segs.; O Provedor de Justiça - Sessão comemorativa, obra colectiva, 1996. V. ainda parecer da Procuradoria-Geral da República nº8/84, de 27 de Abril, in Boletim do Ministério da Justiça, nº 341, Dezembro de 1984, págs. 59 e segs., e o relatório e parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias sobre um projecto de lei de modificações do estatuto do Provedor de Justiça, in Diário da Assembleia da República, V legislatura, 1ª sessão legislativa, II série, nº 51, págs. 1010 e segs..

Deputados em efectividade de funções [art. 23º, nº 3, 2ª parte, e art. 163º, alínea i)].

Os órgãos e agentes da Administração Pública cooperam com o Provedor na realização da sua missão (art. 23º, nº 4, também vindo da revisão constitucional de 1989)<sup>39</sup>.

Dotado de poder de iniciativa de fiscalização sucessiva abstracta de inconstitucionalidade quer por acção quer por omissão [arts. 281º, nº 2, alínea e), e 283, nº 1] - pela natureza das coisas, funcionalizada ou especializada ao serviço dos direitos fundamentais<sup>40</sup> - o titular faz parte, por outro lado, do Conselho de Estado [art. 145º, alínea cf].

O estatuto (constante da Lei nº 9/91, de 9 de Abril, alterado pela Lei nº 90/96, de 14 de Agosto, e da Lei nº 19/95, de 13 de Julho) acrescenta alguns aspectos instrumentais, como o poder do Provedor de incidir actuação nas relações entre particulares que impliquem uma "especial relação de domínio" no âmbito dos direitos, liberdades e garantias (art. 2º, nº 2), o poder de iniciativa própria quanto a factos que, por qualquer modo, cheguem ao seu conhecimento (arts. 4º e 24º), o de inspecção de serviços administrativos (art. 21º, nº 1), o de determinar a presença na Provedoria ou noutro local de qualquer titular de órgão sujeito ao seu controlo ou de qualquer agente de entidade pública (art. 29º) e o de formular recomendações ou sugestões legislativas à Assembleia da República [art. 20º, nº 1, alínea b)].

Anualmente, o Provedor envia um relatório à Assembleia da República (art. 23º, nº 1 do estatuto) que esta aprecia nos termos do seu regimento; e, a fim de tratar de assuntos da sua competência, pode tomar parte nos trabalhos das comissões parlamentares, quando o julgue conveniente e sempre que estas solicitem a sua presença (art. 23º, nº 2).

**3. Órgão constitucional<sup>41</sup>, aplicam-se ao Provedor de Justiça os princípios e as regras constitucionais comuns aos órgãos desta categoria<sup>42</sup> e, assim:**

---

<sup>39</sup> Sobre o Provedor de Justiça na revisão de 1989, v. Diário da Assembleia da República, V legislatura, 1ª sessão legislativa, II série, nº 8-RC, actas da sessão de 7 de Abril de 1988, págs. 174 e segs., e 2ª sessão legislativa, I série, nº 66, reunião de 19 de Abril de 1989, págs. 2305 e segs.

<sup>40</sup> Diferentemente, admitindo o Provedor de Justiça como órgão de garantia da Constituição, independentemente dos direitos fundamentais, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª ed., Coimbra, 1993, pág. 171.

<sup>41</sup> ALVES CORREIA (op.cit, pág. 84) nega que o Provedor seja um órgão constitucional; seria tão só um órgão constitucionalizado. O conceito de órgão constitucional de que parte é, porém, igual ao de órgão de soberania.

<sup>42</sup> Algumas formuladas aparentemente apenas para os órgãos políticos.

- A validade dos actos do Provedor depende da sua conformidade com a Constituição (art. 3º, nº 3);
- Não é permitida a delegação dos seus poderes noutra entidade a não ser nos casos e nos termos expressamente previstos na Constituição (art. 111º, nº 2);
- O titular responde civil e criminalmente pelos actos e omissões que praticar no exercício das suas funções (art. 117º, nº 1);
- O cargo não é vitalício (art. 118º);
- Ninguém pode ser prejudicado na sua colocação, no seu emprego, na sua carreira profissional ou nos benefícios sociais a que tenha direito em virtude do desempenho do cargo (art. 50º, nº 2);
- O estatuto do titular recai na reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República [art. 164º, alínea m)].

4. A Constituição estabelece que a formação, a composição, a competência e o funcionamento dos órgãos de soberania são os definidos na Constituição (art. 110º, nº 2); e órgãos de soberania são o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os tribunais (art. 110º, nº 1).

Nada justifica, no entanto, interpretar à letra tal norma ou, muito menos, à *contrário*. Ela nem é suficiente para distinguir, com nitidez, os órgãos de soberania dos demais órgãos, nem tem por destinatários somente aqueles órgãos<sup>43</sup>.

Sabe-se bem como os órgãos de soberania estão longe de ter a sua estrutura fixada por completo na Constituição; como são numerosas as normas legais e (quanto ao Parlamento e ao Governo) as normas regimentais que os têm por objecto e sem os quais mal poderiam subsistir; e como até o próprio Presidente da República recebe de leis ordinárias faculdades não contempladas em normas constitucionais<sup>44</sup>. O alcance do preceito em causa consiste, sim<sup>45</sup>, em reforçar o princípio da constitucionalidade, o princípio da subordinação do Estado à Constituição (art. 3º, nº 2).

Do mesmo passo, se a Constituição cria outros órgãos afora os de soberania, torna-se óbvio que a função desses órgãos não pode deixar de ser a que dela resulta. É isso que se verifica com os órgãos de governo próprio das regiões autónomas (arts. 227º e segs.) e com os órgãos de poder local (arts.

---

<sup>43</sup> Cfr. o nosso Manual de Direito Constitucional, V, 2ª ed., Coimbra, 2000, págs. 73-74. Sobre o que sejam órgãos de soberania, v. págs. 64 e segs.

<sup>44</sup> Manual..., V, cit., pág. 59.

<sup>45</sup> Sem se esquecer a sua origem histórica, ligada ao intuito de submeter a regras constitucionais precisas o Conselho da Revolução de 1975.

239º, 241º, 244º e segs., 250º e segs. e 259º); e o que se verifica tanto com o Provedor de Justiça quanto com a Alta Autoridade para a Comunicação Social (art. 39º), com o Conselho Económico e Social (art. 92º), com o Conselho de Estado (art. 145º), com o Conselho Superior da Magistratura (art. 217º, nº 1), com o Conselho Superior para os Tribunais Administrativos e Fiscais (art. 217º, nº 2), com a Procuradoria-Geral da República (art. 220º), com os Ministros da República para as Regiões Autónomas (art. 230º) e com o Conselho Superior da Defesa Nacional (art. 274º).

5. A legislação ordinária pode aditar mais competências a qualquer destes órgãos - assim como aos órgãos de soberania - desde que novos poderes não briguem com os poderes, explícitos ou implícitos, de outro ou outros. O que não pode a lei é subtrair alguma das faculdades que lhe caibam ou diminuir o seu conteúdo.

A competência provém da norma, não se presume. A competência de um órgão constitucional decorre da norma constitucional, explícita ou implicitamente, ou tem nela a sua base<sup>46</sup>. E este postulado significa, simultaneamente, que nem pode um órgão constitucional arrogar-se faculdades à margem da Constituição, nem pode ser despojado de faculdades que lhe pertençam, ainda que por lei, em proveito de órgão diferente.

Evidentemente, muito mais grave do que assumir poderes, preterindo a correspondente distribuição constitucional, será a lei ordinária erguer de todas as peças um órgão novo, atribuindo-lhe funções próprias de um órgão constitucional e, por conseguinte, procedendo ao seu desdobramento ilegítimo. Não pode haver duas Altas Autoridades para a Comunicação Social, dois Conselhos Económicos e Sociais, dois Conselhos Superiores de Defesa Nacional, etc. - ou dois Provedores de Justiça.

6. Em 1975 chegou a inscrever-se, num dos projectos de Constituição<sup>47</sup>, a proposta de dois Provedores de Justiça, um para a Administração e para os Poderes Públicos e outro para as Forças Armadas. E, apesar de então se achar prevista uma fase de transição de três a cinco anos, com separação entre poder civil e poder militar<sup>48</sup>, a Assembleia Constituinte não criou senão um Provedor.

---

<sup>46</sup> Cfr. acórdão nº 81/86 do Tribunal Constitucional, de 12 de Março, in Diário da República, I série, nº 93, de 22 de Abril de 1986, pág. 982.

<sup>47</sup> Por sinal, no único projecto de Constituição donde constava o instituto, o do Partido Socialista (art. 29º).

<sup>48</sup> Nos termos da Plataforma de Acordo Constitucional entre os partidos e o Conselho da Revolução (recorde-se).

Mais tarde, quer na segunda quer na quarta revisão constitucional, Deputados de um partido preconizaram a criação de um "Promotor" ou "Provedor" Ecológico, ao qual os cidadãos poderiam apresentar queixas por acções e omissões de qualquer pessoa ou entidade que atentasse contra o equilíbrio ecológico<sup>49</sup>. E na quarta revisão, noutra projecto, alvitrou-se o aparecimento de um Provedor do Consumidor<sup>50</sup>. Nenhuma destas propostas faria vencimento.

Estas vicissitudes mostram que o legislador constitucional português - o constituinte e o de revisão constitucional - concebe o Provedor de Justiça, ao invés do que sucede com instituições análogas ou homólogas doutros países, como um órgão único, homogéneo e generalista.

7. Em contraste com a orientação acabada de referir, já por diversas vezes o legislador ordinário encarou a hipótese de formação de Provedores sectoriais ou especializados. Foi o que aconteceu:

- Com o Provedor Municipal a criar em cada município, constante do Projecto de lei n.º 65/VII<sup>51</sup>;
- Com o Provedor da Criança, alvo do Projecto de lei n.º 553/VII;
- Com o Provedor das Pessoas Idosas, a que se refere o Projecto de lei n.º 298/VIII;
- E com o Defensor do Contribuinte.

Aqueles Provedores teriam estatutos muito próximos do estatuto do Provedor de Justiça, conquanto esses estatutos não lhes conferissem poderes de autoridade.

8. A lei orgânica do Ministério das Finanças, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 158/96, de 3 de Setembro, criou o cargo de "Defensor do Contribuinte", para "assegurar, sem prejuízo das funções legalmente atribuídas ao Provedor de Justiça e da prevalência das respectivas decisões, o

---

<sup>49</sup> Projectos de revisão constitucional n.ºs 8/V e 10/VII (art. 23.º-A), subscrito por Deputados do Partido "Os Verdes". V. o debate na Assembleia da República, in Diário, V legislatura, 1.ª sessão legislativa, II série, n.º 8-RC, acta da sessão de 7 de Abril de 1988, págs. 166 e segs., e 2.ª sessão legislativa, I série, n.º 66, sessão de 19 de Abril de 1989, págs. 2309 e segs.

<sup>50</sup> Projecto de revisão n.º 11/VII do Deputado João Corregedor da Fonseca (art. 60.º-A). V. Diário da Assembleia da República, VII legislatura, 2.ª sessão legislativa, I série, n.º 96, sessão de 17 de Julho de 1997, pág. 3511.

<sup>51</sup> V. o relatório da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, in Diário da Assembleia da República, VII legislatura, 3.ª sessão legislativa, II série-A, n.º 68, de 9 de Julho de 1998, págs. 247 e segs. A pág. 249 lê-se que, se a Constituição aponta para uma modalidade de Provedor de Justiça único, não impede a criação de órgãos administrativos independentes com competências coincidentes com a do Provedor de Justiça ...

acompanhamento por uma entidade independente do respeito dos direitos, liberdades e garantias dos contribuintes e de outros cidadãos que invoquem direitos contra o Estado, representado pelo Ministério das Finanças, a melhor realização dos valores de legalidade, boa gestão e justiça social e o diálogo e participação dos cidadãos e dos grupos de interesses sociais com a actividade da administração fiscal" (art. 27º, nº 1).

Para tanto, o Defensor do Contribuinte analisaria petições, obteria de todos os responsáveis dos serviços informações sobre o andamento de processos, formularia sugestões, propostas e recomendações e dar-lhes-ia publicidade com respeito pela confidencialidade e pelo interesse público, nos termos da lei (art. 27º, nº 4).

O cargo seria exercido, "com estatuto de inteira independência de julgamento e acção" por um cidadão a designar, por despacho conjunto do Primeiro-Ministro e do Ministro das Finanças, para um mandato de sete anos não renovável (art. 27º, nº 3).

O Decreto-lei nº 205/97, de 12 de Agosto, viria a ocupar-se, exaustivamente, da instituição, filiando-a nas "modernas tendências de desenvolvimento das relações entre a administração tributária e os contribuintes" (preâmbulo), qualificando-a de órgão administrativo independente (art. 1º), dispondo sobre o seu titular (arts. 7º e segs.) e regulamentando o exercício dos seus poderes (arts. 20º e segs.)<sup>52</sup>.

9. A lei orgânica do Ministério das Finanças de 1996 tem, como acaba de se ver, o cuidado de ressaltar as funções do Provedor de Justiça e o Decreto-lei nº 205/97 estipula mesmo que o Defensor do Contribuinte dará conhecimento dos seus pareceres e recomendações ao Provedor de Justiça (art. 3º, nº 4) e que deverá respeitar as recomendações que, por seu turno, dele dimanam (art. 3º, nº 6).

Nem por isso parece, possível ultrapassar as dúvidas de constitucionalidade<sup>53</sup>, porque não se trata de um mero órgão subsidiário ou preparatório do Provedor de Justiça. Trata-se, sim, de órgão que absorve toda uma sua esfera de actividade: a justiça e a legalidade do exercício dos poderes públicos, no que respeita ao lançamento, liquidação e cobrança, voluntária ou coerciva, de imposto (art. 1º, nº 3 do Decreto-lei nº 205/97). E, embora pudesse contra-argumentar-se que tudo estaria, não em excluir ou

---

<sup>52</sup> A Lei nº 87-B/98, de 31 de Dezembro (lei orçamental para 1999) introduziria algumas alterações no Decreto-lei nº 205/97: por exemplo, passaria a dizer-se que o Defensor do Contribuinte funcionaria como "observatório do desempenho do sistema fiscal e aduaneiro" (novo art. 5º).

<sup>53</sup> Cfr. Manual..., IV, 3ª ed., Coimbra, 2000, pág. 288.

dividir, antes em cumular ou sobrepor, não se vê como poderia ser essa uma decisão do legislador ordinário; nem, a poder sê-lo, como poderia vir o Governo a tomá-la, pois ainda antes da revisão constitucional de 1997<sup>54</sup> a matéria integraria a dos direitos, liberdades e garantias [art. 167º, hoje art. 164º, nº 1, alínea b)].

Acresce que se antolha algo contraditória a estrutura de órgão do Ministério das Finanças e de órgão independente. Na lista já vasta de órgãos ou entidades independentes da Administração (a que alude, em geral, o art. 267º, nº 3, da Constituição, enxertado em 1997)<sup>55</sup>, não se descobre nada de paralelo ou semelhante. Mas, por outro lado, o Defensor pode comunicar directamente com os órgãos do poder legislativo e do poder judicial (art. 3º, nº 4, *in fine*), o que revela um sentido de intervenção idêntico ao do Provedor de Justiça; e igual corolário se retira do regime das petições (citados arts. 20º e segs.).

**10.** Tão pouco pode ter-se por determinante a diferença derivada de o Provedor de Justiça ser eleito pela Assembleia da República e de o Defensor do Contribuinte ser nomeado pelo Governo.

O cerne da questão não reside na forma de designação. Reside na função. Reside nisto: a Constituição, consagrando o Provedor de Justiça, fixa-lhe uma reserva de competência; há uma *reserva constitucional de competência* em favor do Provedor de Justiça quanto à apreciação não contenciosa de queixas por acções ou omissões dos poderes públicos que afectem os direitos dos cidadãos. E o Defensor do Contribuinte infringe esta reserva.

Admitindo sem conceder que o Defensor representa uma garantia adicional para os cidadãos, pelo menos uma coisa é segura: que, importa uma redução, directa ou indirecta, dessa reserva, do âmbito de acção do Provedor.

A circunstância de, em vez de escolha parlamentar por maioria qualificada, se adoptar a simples nomeação pelo Governo como título designativo do Defensor ainda mais agrava a inconstitucionalidade.

**11.** A Assembleia da República, há poucos dias, terá pretendido ultrapassar as dúvidas, através da aprovação de projectos de lei correctivos

---

<sup>54</sup> Que alterou as normas da reserva de competência legislativa do Parlamento.

<sup>55</sup> Sobre órgãos independentes da Administração, v. Manual ..., V, págs. 37 e segs., e autores citados; e CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Le autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento portoghese, separata de Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2000-III, Turim, 2000.

dos diplomas governamentais de 1996 e 1997 - os Projectos de lei n<sup>o</sup>s 288, 337 e 341/VIII.

Ora, o exame dos textos aprovados (todos voltados para a eleição parlamentar por maioria de dois terços e o primeiro propiciando a intervenção do Provedor em processos judiciais) permite asseverar que a Assembleia não conseguiu tal desiderato (nem poderia consegui-lo), porque continua a verificar-se a decomposição do objecto da actividade do Provedor de Justiça ao arrepio dos princípios constitucionais.

Não é um problema de legitimação democrática do Defensor que está em causa - ao contrário do que pretendem esses Projectos de lei. É, sim, um problema de legitimação constitucional.

**12.** Imagine-se o que aconteceria se, além do Defensor do Contribuinte, houvessem sido criados e postos a funcionar os múltiplos Provedores que, desde 1975, têm sido propostos: Provedor para as Forças Armadas, Promotor Ecológico, Provedor do Consumidor, Provedores Municipais (em todos os concelhos do país), Provedor da Criança, Provedor das Pessoas Idosas.

Ou imagine-se que, na sequência do Defensor do Contribuinte, se retomariam algumas destas figuras ou que surgiriam outras, designadamente a nível de regiões autónomas.

A que ficaria reduzido o Provedor de Justiça? Para que serviria firmá-lo como órgão constitucional do Estado? Como se entenderiam, doravante, os seus poderes?



*Sumário: Introdução – Provedor de Justiça ou Provedores das Justiças?; I - A posição do legislador face ao art. 23 da CRP. Reserva de Constituição e Primado de Constituição; II – A inexistência de reserva de Constituição; III - A protecção constitucional do instituto do Provedor. Âmbito e conteúdo do primado da Constituição. a) Princípios de interpretação constitucional; b) Provedor de Justiça e “unidade de sentido” dos direitos fundamentais; c) Limites à criação de provedores múltiplos. Dever de boa administração e correcção funcional; d) Conteúdo e implicações do dever de boa administração; e) O princípio da correcção funcional.*

### **Introdução - Provedor de Justiça ou Provedores das Justiças?**

A pergunta que me é feita na conferência de hoje (“o Provedor de Justiça: garantia de uma instituição ou garantia de uma função”) indicia a existência de um problema *prático* que já por diversas vezes ocupou esta Câmara. O problema pode ser equacionado como segue. A Constituição da República, no artigo 23, prevê a instituição de um Provedor de Justiça com duas características: a da *unicidade* e a da *plurifuncionalidade*<sup>56</sup>. *Unicidade*, primeiro, porque a Constituição só prevê um único Provedor para todo o território nacional; *plurifuncionalidade*, depois, porque a função que a Constituição atribui a este provedor único é uma função de tutela (não jurisdicional) dos direitos das pessoas *sem aceção de matérias* e sem menção do *tipo de direitos* que devam ser tutelados. Perante esta duas características, a questão que se põe é a de saber se pode ou não a lei

---

<sup>56</sup> O termo “Provedor plurifuncional” é de Gomes Canotilho, Vital Moreira, na *Constituição Anotada*, 3ªed, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 172.

ordinária vir a “fracturar” o único instituto existente, criando portanto – por autoridade própria – Provedores não previstos constitucionalmente, e que sejam caracterizados justamente pela *pluralidade* e pela *unifuncionalidade*. Pode o legislador instituir vários Provedores para o território nacional, cada um deles vocacionado para a tutela de direitos específicos?

O problema colocou-se recentemente com a apresentação de Projectos de lei que pretendiam instituir a figura do “Provedor do Contribuinte”<sup>57</sup>. Mas não é novo. Noutras alturas, ele surgiu a propósito do Projecto de lei nº 553/VII, apresentado pelo PS, que pretendia instituir a figura do Provedor da Criança<sup>58</sup>; a propósito do Projecto de lei nº 298/VIII, do BE, que pretendia criar a figura do Provedor dos Idosos<sup>59</sup>; a propósito do projecto de lei nº 65/VII, também do PS, que propunha a constituição do Provedor Municipal<sup>60</sup>. A lista não será exaustiva. Além destas Provedorias *plurais e unifuncionais*, outras se têm sentido como necessárias: a das Mulheres, a da Ecologia, a dos Consumidores. Todas estas tentativas de criação de provedorias plurais e unifuncionais goraram-se logo na primeira fase do procedimento legislativo, visto que nenhuma delas conseguiu granjear apoios fora da bancada do(s) autore(s) dos projectos de diplomas. Não assim com a pretendida instituição do Provedor do Contribuinte. O facto, no entanto, não pode fazer esquecer aquilo que é essencial. Em todos estes casos a pergunta a colocar permanece sempre a mesma: deve-se, ou pode-se, fraccionar o único Provedor existente?

O debate público que tem procurado responder a esta pergunta contou sempre com dois tipos diferentes de argumentos. Um dos argumentos releva da ciência da administração. Através dele se tem discutido a oportunidade, os custos e as desvantagens – quer para o Estado, quer para os privados – do fraccionamento da instituição do Provedor de Justiça; através dele se tem procurado esclarecer se se *deve ou não* optar pela existência de provedorias plurais. O outro argumento releva da Ciência do Direito. Através dele se tem discutido a questão de saber se, face ao nosso ordenamento, tal “fractura” será acto lícito, permitido pelas normas aplicáveis, ou pelo contrário acto ilícito, porque por elas proibido<sup>61</sup>. Dado que, em todos estes casos, a referida “fractura”, a ser introduzida, o será por lei, tudo está em

---

<sup>57</sup> Art. 1º, 2 do Projecto de Lei nº 337/VIII, de 21/12/2000, do PSD. Cfr. ainda os arts. 1º do Projecto de Lei nº 288/VIII, de 5/9/2000, do BE, e o art. 1º do Projecto de Lei nº 34/VIII de 17/1/2001 do CDS-PP.

<sup>58</sup> DAR 17, de 32/10/98.

<sup>59</sup> <http://www.parlamento.pt/legis/20000920.08.2.0298.I.II>.

<sup>60</sup> DAR, 29, de 23/1/97.

<sup>61</sup> Veja-se, a título de exemplo, o debate parlamentar cit. nota anterior.

saber se a *norma* que vincula os actos do legislador (e que é a Constituição) tolera, ou proíbe, a instituição de provedores plurais. O único problema que a ciência jurídica está capacitada para resolver é, portanto, o de saber *se se pode ou não optar entre nós pelo modelo da pluralidade de Provedores*.

O estudo que se segue restringir-se-á a esta segunda vertente da questão porque a analisará apenas pelo ângulo jurídico, ou seja, *sub specie constitutionis*. E fá-lo-á tendo em conta *só* as normas da constituição portuguesa e sem recorrer a argumentos de direito comparado. A razão que justifica este método é simples. É sabido que o art. 23 da CRP se inspirou na figura do *ombudsman*, “descoberta” maior do constitucionalismo escandinavo dos inícios do séc. XIX (a lei sueca que a inaugurou é de 6 de Junho de 1809). Esta figura, ou a ideia que a originou, veio a ter singular fortuna fora do ambiente peculiar em que nasceu; mas a verdade é que, transportada para outros lados, veio também a adaptar-se em cada um deles a tantas e tão diferentes necessidades e tradições que o resultado é hoje uma extraordinária variedade de formas<sup>62</sup>. Tal variedade torna o recurso à comparação de duvidosa utilidade heurística. O problema colocado por último pelos Projectos de Lei n.ºs 288/VIII, do BE; 337/VIII do PSD e 341/VIII do PP (e já posto antes pelos Projectos de Lei n.ºs 553/VII, 298/VIII e 65/VII) há-de resolver-se assim, apenas, através da interpretação das normas da Constituição da República.

### **I - A posição do legislador face ao art. 23 da CRP. Reserva de Constituição e primado da Constituição.**

Como algumas outras instituições da Terceira República, o Provedor de Justiça foi primeiro criado por lei ordinária, durante o período constitucional provisório, e depois “recebido” ou “constitucionalizado” pela Constituição de 1976. Nos debates da Constituinte, chegou-se a discutir se se

---

<sup>62</sup> Para uma informação rica (embora não actualizada), veja-se Giuseppe de Vergottini, “Ombudsman”, em *Enciclopedia del Diritto*, XXIX, (1979), pp. 879. As formas são, de facto, variadíssimas: desde a criação por lei (casos de França – 1973 e da Grã-Bretanha – 1967) até à previsão na Constituição (caso de Espanha, CE 1978, art. 54) ou à previsão em estatutos regionais (Itália, 1971). As funções que são atribuídas a todos estes “provedores”, bem como os modos da sua designação, variam também de forma acentuada. Enrique Alavarez Conde, no *Curso de Derecho Constitucional*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 2ª ed. 1996, p. 494, fala a este propósito da existência de “dois modelos”: o modelo sueco, que pressupõe a eleição pelo Parlamento, amplos poderes de fiscalização (a pedido dos cidadãos ou *ex officio*), e acesso directo dos cidadãos ao provedor, e o modelo anglo-francês, com nomeação pelo executivo, reduzido poder fiscalizador, actuação apenas a instâncias de parte e acesso limitado dos cidadãos ao provedor.

deveria optar pela “constitucionalização” da figura ou manter antes o estatuto já existente, ou seja, a regulação *apenas* a nível da lei ordinária. Certas forças, minoritárias, entendiam que a novidade e a informalidade da instituição recomendariam a segunda opção, à semelhança do que ocorre em muitos outros lados<sup>63</sup>. Não tendo sido esta a orientação que vingou, o Provedor é, entre nós, desde a primeira versão da CRP, um órgão constitucional.

Daqui decorrem consequências certas quanto à posição jurídica em que se encontrará o legislador ordinário que pretenda regular aspectos directos ou indirectamente atinentes à sua natureza e estrutura. De acordo com o princípio da constitucionalidade (art.3º,3 da CRP), a lei não pode, nestes domínios, tudo fazer. Há parâmetros superiores que condicionam as suas escolhas. Resta determinar com rigor que parâmetros serão esses (e qual a margem de liberdade conformadora que, fora deles, deterá o legislador) e de que modo poderão os mesmos ser aplicados à resolução do problema que nos ocupa.

A determinação rigorosa do âmbito de liberdade e (ou) vinculação que, em determinada matéria, une o legislador ordinário à Constituição pode ser feita com o auxílio de dois diferentes princípios dogmáticos: ou com o auxílio do *princípio da competência*, ou com o auxílio do *princípio da hierarquia normativa*.

O *princípio da competência* é uma refracção da ideia mais geral de separação de poderes e conduz ao conceito de *reserva de Constituição*. O seu conteúdo permite-nos raciocinar do seguinte modo: o facto de a Constituição ter regulado ela própria certa matéria, certo domínio da vida ou certo aspecto da organização dos poderes públicos poder querer dizer que o fez com o intuito de *reservar* para si própria a referida regulação, excluindo dela, deste modo, quaisquer outras fontes normativas. Dito de outro modo: o facto de a CRP ter optado por *constitucionalizar* o Provedor de Justiça pode querer dizer que o fez para *excluir* a competência do legislador ordinário em todos os domínios relativos à sua criação e conformação essencial. Se assim for, duas consequências se devem assinalar. Em primeiro lugar, as relações entre Constituição e lei, neste domínio, não serão mais do que a expressão de uma estrita separação de competências entre dois poderes - o poder constituinte e o poder constituído. A existência de uma “reserva de Constituição” em determinada matéria significa que, aí, o poder constituinte - por autoridade própria - exauriu em si mesmo toda a competência para a normação do

---

<sup>63</sup> Luís Lignau da Silveira, “O Provedor de Justiça”, em *Portugal, o sistema político e constitucional, 1974/87*, coord. Mário Baptista Coelho, ed. ICS, Lisboa, s/d, p. 701.

sector da ordem jurídica que lhe é correspondente, dela expulsando portanto a competência do poder constituído. Daqui decorre uma proibição geral, para o poder constituído, de emitir qualquer norma no domínio de que foi excluído, porque *reservado* à competência de outro poder. Mas, se assim é – e esta é a segunda consequência que se pretenderia assinalar – a proibição pode sempre ser torneada pela escolha do nível hierárquico adequado de regulação. Se certa matéria não pode ser regulada por acto normativo do poder constituído, que o seja então por acto adequado, ou por decisão do poder constituinte, único poder idóneo para a sua regulação. Como é bom de ver, a abordagem do problema e a sua resolução fazem lembrar as mais estereis consequências do formalismo kelseniano.

Voltando à questão discutida nesta conferência. Se se chegar à conclusão de que o art. 23 da CRP – ou, *rectius*, a norma nele contida – encerra uma reserva de Constituição, no sentido acima assinalado, então teremos também que concluir que: (I) Esta norma deve ser interpretada como sendo o *contraponto negativo do art. 161, c*). Aí onde se diz que “compete à Assembleia da República...fazer leis sobre todas as matérias, salvo as reservadas pela Constituição ao Governo”, deve ler-se igualmente que “compete à Assembleia da República fazer leis sobre todas as matérias, salvo as reservadas pela Constituição ao Poder Constituinte”<sup>64</sup>. (II) Assim sendo, desta norma decorre uma *proibição geral*, para o legislador ordinário, de criação de quaisquer outros Provedores para além do já existente. Constitucionalmente proibida será tanto a criação do Provedor do Contribuinte, quanto a criação do Provedor dos Idosos, das Mulheres, dos Consumidores, das Crianças ou de quaisquer outros (infinitos?) sectores da vida colectiva, *independentemente da substância dos bens jurídicos a tutelar em cada um deles*. Dado que tal criação se situa, sempre, fora do âmbito de competências da lei ordinária, nem outra conclusão se pode retirar. (III) Esta proibição geral cessa se a competência for exercida pelo poder adequado, que é o poder de revisão da Constituição. E isto, também, *independentemente da ponderação da substância dos bens jurídicos a tutelar*. Aquilo que se não pode fazer pela via do procedimento legislativo comum poder-se-á sempre fazer pela via do procedimento legislativo agravado que é o que conduz à aprovação das leis constitucionais. Basta que para tanto se reuna o necessário consenso político. A questão de saber se se pode ou não “fracturar” o único Provedor agora existente resume-se assim, nestes termos, a uma pura questão de forma.

---

<sup>64</sup> Como é evidente, quando se fala aqui de “poder constituinte” está a incluir-se tanto o poder originário quanto o de revisão constitucional.

Esta esquálida solução formal deixa já antever que, *intuitivamente*, o princípio da competência e o conceito que dele decorre – que é o de “reserva da Constituição” – não serão, para o caso, os conceitos dogmáticos adequados.

Voltarei adiante a esta intuição, procurando fundamentá-la de modo mais demorado. Por agora, resta examinar a utilidade interpretativa do *outro* princípio dogmático que pode ser convocado para a resolução do problema que temos entre mãos, e que é o *princípio da hierarquia normativa*.

O raciocínio que semelhante princípio nos permite fazer pode ser resumido como segue. Ao optar pela “constitucionalização” da figura do Provedor, a CRP não forjou a seu favor nenhuma reserva de norma. Limitou-se antes a *proteger* a instituição do Provedor da acção aniquiladora, ou perturbadora, do legislador ordinário<sup>65</sup>. De acordo com esta ideia de hierarquia, ou de primado da norma constitucional sobre a norma legislativa ordinária, o legislador comum mantém competências para tomar decisões atinentes à criação e estrutura do provedor. Tais competências são no entanto limitadas: o legislador não pode usá-las para fazer desaparecer o instituto da ordem jurídica portuguesa; o legislador não pode usá-las para violar as suas características essenciais (o seu “conteúdo essencial”)<sup>66</sup>, descaracterizando o mesmo instituto. A tanto se resume a ideia de “garantia de instituto”, que pode ser lida na norma contida no art. 23 de acordo com o auxílio interpretativo prestado pelo princípio da hierarquia ou do primado da Constituição.

As consequências práticas que decorrem desta via de interpretação são evidentes. *In casu*, o legislador não pretende por certo eliminar a provedoria, fazendo-a desaparecer da ordem jurídica portuguesa. Pretende pelo contrário multiplicá-la (e a história das diversas tentativas de multiplicação mostra que a pretensão é, aliás, exuberante), de modo a quebrar as suas características constitucionais de instituição única e plurifuncional. Resta saber se o pode fazer. Ou seja, resta saber se a criação, por lei ordinária, de um Provedor para o Contribuinte, de um Provedor para os Idosos ou de um Provedor para as Mulheres – e a lista não é exaustiva –

---

<sup>65</sup> Aparentemente também neste sentido, Luís Lignau da Silveira, *ob. cit.*, p. 706.

<sup>66</sup> Se se admitir que também às “garantias de instituto” – como penso que se deve admitir – se aplica o n.º 3 do art. 18, não podendo a lei “diminuir a extensão e o alcance do seu conteúdo essencial”. Quanto ao conceito de garantia de instituto, a obra clássica é a de Carl Schmitt, *Freiheitsrechte und institutionellen Garantien der Reichsverfassung*, de 1931, hoje publicada no *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlim 1985, 3.º ed., pp. 140-173. Entre nós (mas sobre o conceito vizinho, e mais amplo, de garantia institucional), J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1983, p. 166.

implica ou não violação do conteúdo essencial do instituto que a CRP protegeu.

Enquanto a aplicação ao caso do primeiro princípio interpretativo (o que conduz ao conceito de reserva de Constituição) gera a conclusão segundo a qual será sempre proibida a criação – por lei ordinária – de qualquer outro provedor para além do já existente, a aplicação ao caso do segundo princípio interpretativo (o que conduz ao conceito de garantia de instituto) não permite retirar de imediato qualquer conclusão. Pelo contrário: o que ele faz é um “abrir de portas” para outra indagação – a da *ponderação substancial dos bens jurídicos a tutelar pelas diferentes provedorias “sectoriais” que se pretendam instituir*. Ora, segundo creio, é justamente aqui que se encontra o núcleo central do problema que se tem que resolver. A via interpretativa que permite abordá-lo, e resolvê-lo – e que é a via oferecida pelo segundo princípio – será assim aquela que se adoptará para construir a presente argumentação.

Antes, porém, de prosseguir, importa fundamentar de modo ainda mais exaustivo por que razão se não segue a via de interpretação que é oferecida pelo conceito de “reserva de Constituição”.

## II - A inexistência de reserva de Constituição.

A existência de domínios de decisão estadual que ficam “reservados” à competência de um determinado poder do Estado (com exclusão de quaisquer outros) pode depender de dois factores distintos. Chamarei ao primeiro “existência de reservas por natureza”. Chamarei ao segundo “existência de reservas por imposição”.

Como o nome indica, haverá “reservas por natureza” sempre que a estrutura e as finalidades de um certo tipo de decisões estaduais se adequarem *apenas* ao exercício de um só poder do Estado e não de outro. É o que ocorre com as decisões jurisdicionais. A sua *natureza* é tal que tais decisões só podem ser tomadas no exercício do poder judicial por parte dos Tribunais, e não no exercício de qualquer outro poder do Estado por qualquer outro órgão - seja ele parlamentar, governamental, regional ou local. Por isso mesmo, a Constituição estabelece a favor dos Tribunais uma reserva geral de jurisdição, quando diz, no art. 202, 1 “Que os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo”.<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> Sobre a matéria, ver Paulo Castro Rangel, *Reserva de Jurisdição*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1997.

Dada a situação histórica do Estado contemporâneo, no entanto, nenhum outro *tipo* de decisões estaduais é capaz de ostentar a mesma *homogeneidade de natureza e estrutura* que caracteriza as decisões da “função” jurisdicional. Não ostentam tal homogeneidade, como é por demais sabido, as decisões que se incluem na chamada “função” legislativa, como o não ostentam aquele outro tipo de decisões que se incluem na “função” administrativa. Por isso mesmo não há, na CRP, nenhuma norma equivalente à do art. 202, 1 que se aplique a cada uma destas últimas funções. Em momento algum fixa a Constituição “reservas gerais de legislação” ou “reservas gerais de administração”. A *natureza* heterogénea dos actos que integram o núcleo típico de cada uma destas funções (e qual será, esse núcleo típico?) faz com que, nestes domínios, não possam existir “reservas por natureza”. Por isso mesmo, o que existem nestes casos são apenas pontuais “reservas por imposição”. É o que acontece com as várias (e pontuais) reservas de lei que a Constituição vai fixando ao longo do seu articulado<sup>68</sup>, e com as várias (e igualmente pontuais) “reservas” de administração que, do mesmo passo, nele se vão encontrando<sup>69</sup>. Significa isto que o método usado pela Constituição para estabelecer a reserva de jurisdição, e o método por ela usado para estabelecer as outras pontuais reservas, diferem entre si. A primeira reserva é estabelecida pela via da cláusula geral (art. 202, 1). As segundas são estabelecidas pela via da enumeração taxativa.

Se, no domínio do exercício dos poderes legislativo e administrativo, só existem na Constituição “reservas por imposição”, reveladas pela técnica da enumeração taxativa, por maioria de razão o mesmo sucederá no domínio do exercício do poder constituinte. Só haverá “reservas de Constituição” aí onde a CRP o disser (o impuser) expressamente. E não ocorrerão tais reservas aí onde a CRP nada disser (nada impuser). Explico-me.

É impossível determinar conceitualmente qual seja a *natureza* do poder constituinte, na acepção que acima se atribuiu ao termo “natureza”. Que tipo de decisões integram, *naturalmente*, o âmbito de exercício deste poder? Sobre que grupo de *matérias* deve ele, tipicamente, decidir? A resposta não pode ser mais do que tópica e indicativa porque, em última análise, só a narrativa histórica pode estar habilitada a fornecê-la<sup>70</sup>. O problema para o qual ela abre escapa, como é evidente, às capacidades explicativas da dogmática jurídica. Assim sendo, só haverá, num determinado

<sup>68</sup> Manuel Afonso Vaz, *Lei e Reserva de Lei*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1992, p. 34, falando aqui o Autor de “reserva especial de lei”.

<sup>69</sup> J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 4ª ed., p. 719.

<sup>70</sup> J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1105.

ordenamento, reservas de Constituição se elas forem reveladas (impostas) expressamente no texto constitucional. Fora dele e da sua imposição expressa, não há, nem pode haver, neste domínio, competências por natureza reservadas ao domínio da lei constitucional.

A CRP reservou expressamente à competência do poder constituinte – com exclusão da competência de todos os outros poderes do Estado – apenas dois tipos de decisões: as relativas à “formação, composição, competência e funcionamento dos órgãos de soberania” (art. 110, 2), e as relativas à fixação dos deveres fundamentais, na acepção rigorosa do termo: art. 103, (dever fundamental de pagar impostos), art. 113, 2 (dever fundamental de recenseamento eleitoral) e art. 276, 1 (dever fundamental de defesa da pátria)<sup>71</sup>. Fora deste elenco típico não há, em direito português, qualquer outra reserva de Constituição.

O Provedor de Justiça é um órgão constitucional – de natureza complexa, como adiante se verá – mas não é um órgão de soberania. A sua actividade nada tem que ver, nem em nada pode ter que ver, com a eventual previsão normativa de *novos* deveres fundamentais, para além daqueles que taxativamente a Constituição enumerou. As decisões que se tomem e que sejam relativas à sua *formação, composição, competência e funcionamento* não estão por isso reservadas à Constituição: é da competência do legislador ordinário emitir normas sobre todas estas matérias. Assim sendo, a CRP não contém nenhuma proibição genérica, endereçada à lei, de criação de outros Provedores para além do já existente. Ao problema que temos que resolver aplicar-se-á, portanto, a norma constitucional que atribui competência legislativa genérica à Assembleia da República no uso do procedimento legislativo comum: “À Assembleia da República [compete] fazer leis *sobre todas as matérias*” (art. 161, c)

### **III - A protecção constitucional do instituto do Provedor. Âmbito e conteúdo do primado da Constituição.**

#### a) Princípios de interpretação constitucional.

Unidade da Constituição e princípio da correcção funcional. Poder fazer leis sobre todas as matérias não é o mesmo que poder fazer leis com qualquer conteúdo. A norma do art. 161, c) da CRP é uma norma de competência, que tem que ser lida em conjugação com a do art. 3º, 3: “A validade das leis e dos demais actos do Estado... depende da sua

---

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 518-519.

conformidade com a Constituição”. Importa por isso determinar se é ou não conforme com a Constituição a criação, por lei, de provedores sectoriais.

Como atrás ficou dito, a resposta há-de encontrar-se na determinação do que seja “o conteúdo essencial” da instituição Provedor da Justiça, instituição que a CRP quis proteger da acção *lesiva* do legislador ordinário. Por outras palavras, importa determinar se as características de *unicidade* e de *plurifuncionalidade*, que acompanham o desenho da figura tal como ele decorre do art. 23, fazem ou não parte daquilo que pode ser considerado como sendo o *conteúdo essencial* da mesma.

Responder a esta questão não constitui tarefa fácil. O que se requer, aqui, é uma interpretação cuidada, e rigorosa, do sentido da norma fundamental. Ora, neste domínio, a ciência do direito fixou já pontos firmes, que partem todos de um postulado hoje tido como consensual: nenhuma Constituição pode ser interpretada como se de um “qualquer código” se tratasse, dado que a particularidade das suas normas exige uma actividade hermenêutica orientada por *certos* instrumentos específicos. A doutrina costuma identificar estes instrumentos formulando um elenco de *princípios de interpretação constitucional*, entre os quais se conta, em primeiro lugar, o princípio da *unidade da Constituição*, e, depois, o *princípio da correcção funcional*.

De acordo com o princípio da *unidade da Constituição*, o intérprete deve antes do mais ter em conta que as normas constitucionais, no seu conjunto, formam uma *totalidade*, ou um *sistema*, dotado de coerência interna e de harmonia de sentido. Assim sendo, ficam desde logo vedadas aquelas interpretações que escolham como alvo *apenas* uma certa norma constitucional, e que a interroguem como se esta se tratasse de um ente isolado. Um preceito específico da Constituição nunca é um *disiectum membrum*. O sentido da norma que o integra só pode por isso ser rigorosamente captado se se tiver em conta o sentido mais vasto do sistema em que a mesma norma nasceu e do qual faz parte<sup>72</sup>. Por outro lado – e esta é a segunda consequência que decorre do *princípio da unidade da Constituição* – se se detectarem no seio do sistema constitucional contradições, ou conflitos entre diferentes valores ou bens jurídicos protegidos, deve adoptar-se, para resolver o conflito, o método da *concordância prática*: em caso de contradição entre diferentes interesses tutelados pela Constituição, o intérprete deve resolver o problema interpretativo procurando sempre compatibilizar os diversos interesses em presença, de modo a que cada um

---

<sup>72</sup> Assim mesmo, Antonio Pérez Luno, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid, 5ª ed., 1995, p. 276.

consERVE, na medida do possível, a sua identidade<sup>73</sup>. Como adiante se verá, esta tarefa de concordância prática obriga muitas vezes à formulação de juízos de *ponderação de bens*.

O segundo princípio de interpretação constitucional acima mencionado é o *princípio da correcção funcional*. Postula ele o seguinte: nenhuma interpretação pode ser tida como válida se os seus resultados não respeitarem as regras de distribuição de funções estaduais que são consagradas pela própria Constituição<sup>74</sup>. Quer isto dizer – note-se – que uma rigorosa interpretação constitucional não pode nunca partir da separação estanque entre o sistema de normas (constitucionais) de direitos fundamentais e o sistema de normas (constitucionais) de organização do poder político. As duas partes da Constituição – a parte “subjectiva” ou dogmática, que diz respeito ao estatuto fundamental das pessoas; e a parte “objectiva” ou orgânica, que diz respeito ao modo de exercício do poder – integram também elas próprias uma unidade incindível e como tal devem ser lidas<sup>75</sup>.

Muitas vezes, estes *princípios de interpretação constitucional* são confundidos pela opinião geral com lugares comuns, ou com tópicos de retórica destinados tão somente a servir as pretensões subjectivas de quem os maneja ou as pressões conjunturais a que estão frequentemente sujeitos os intérpretes da Constituição. A verdade, porém, é que assim não é. A sua utilização por parte das justiças constitucionais europeias tornou-se hoje um dado adquirido; e embora os princípios tenham (e não possam deixar de ter) uma formulação tópica, a sua eficácia na descoberta do sentido *justo e adequado* das normas constitucionais é indesmentível<sup>76</sup>. Apliquemo-los, por isso, à interpretação do art. 23 da CRP, e à resolução do problema posto durante esta sessão.

b) O Provedor de Justiça e a “unidade de sentido” dos direitos fundamentais.

De acordo com o art. 23, o Provedor de Justiça existe para receber as queixas dos cidadãos por acções ou omissões dos poderes públicos e para, *in fine*, prevenir e reparar injustiças. A forma como a doutrina tem caracterizado

---

<sup>73</sup> Pérez Luno, ob. cit., p. 277.

<sup>74</sup> Pérez Luno, ob. cit., p. 277. Sobre todos estes princípios de interpretação constitucional veja-se também (no mesmo sentido) Gomes Canotilho, ob. cit., p. 1186.

<sup>75</sup> Já empreguei estes argumentos, assim mesmo ditos, a propósito da interpretação de outra norma da Constituição: v. “A responsabilidade do Estado-legislador”, ainda no prelo (nº4 da Revista *Themis*).

<sup>76</sup> Quanto ao método da concordância prática, veja-se por exemplo o Acórdão do nosso Tribunal Constitucional relativo à consulta referendária sobre a despenalização da interrupção voluntária da gravidez.

esta função, que constitucionalmente é atribuída à instituição da provedoria, é absolutamente consensual: o Provedor é um meio não jurisdicional de defesa, ou de “tutela” dos direitos fundamentais<sup>77</sup>. A isto acresce que a Constituição o concebeu como órgão de titularidade singular, único para todo o território nacional, e vocacionado para a tutela de *todos* os direitos constitucionalmente consagrados (tanto os chamados direitos, liberdades e garantias quanto os “direitos sociais”), sem especificação de *matérias* ou de *tipo* de direitos.

Sendo este o desenho constitucional da figura, parece claro que, nele, o fundamental está na função que é atribuída à instituição. E que o resto – as suas características da unicidade e da plurifuncionalidade – são características de *estrutura, instrumentais portanto para o desempenho da função*. Assim sendo, tais características só poderão ser tidas por essenciais - ao ponto de vincularem o legislador ordinário - se se chegar à conclusão que o exercício da função depende da estrutura. Exige a tutela dos direitos fundamentais um provedor único e plurifuncional? Ou pode a mesma função constitucional ser exercida por provedores com outra estrutura, que não a prevista pela CRP? Eis, creio, o *punctum saliens* do problema posto no caso concreto.

O argumento da *unidade de sentido* dos direitos fundamentais chegou a certa altura a ser usado no debate público como sendo favorável à tese da indissociação, neste caso, entre a estrutura e a função da instituição<sup>78</sup>. Diz este argumento o seguinte. A Constituição oferece um vasto (ao que parece, o mais vasto, pelo menos no contexto cultural europeu) elenco de direitos fundamentais, de conteúdo material muito heterogéneo e de densidades normativas muito variáveis. A heterogeneidade e a variabilidade do elenco não exoneram, porém, o intérprete de procurar nele a unidade. A ligar, num tecido coerente, todos os preceitos da Parte I da Constituição está uma “unidade de sentido”, um *sistema*, uma “concepção constitucional” dos direitos fundamentais, que dá harmonia ao que só á primeira vista pode surgir como não harmonioso. Essa unidade de sentido – diz-se depois – deve descobrir-se tendo como ponto de partida a *concepção de homem* albergada

<sup>77</sup> Gomes Canotilho /Vital Moreira, *Constituição Anotada*, cit., 171; Canotilho, ob. cit., p. 498-9; Vieira de Andrade, ob. cit., 338.

<sup>78</sup> Veja-se a entrevista (*no entanto não publicada*) dada pelo próprio Provedor de Justiça ao Expresso a 20/1/2001 e, em certo sentido, a intervenção de Luís Sá nos debates parlamentares ocorridos a propósito da tentativa de criação de Provedor Municipal: DAR, 29 de 23/1/97, p. 1103, quando o mesmo Deputado afirma: “...aquele [O Provedor de Justiça] não é apenas um provedor das prisões, das polícias, da segurança, mas também da educação, da saúde, da habitação, do ambiente, da infância, da terceira idade, etc. ...Portanto, quando se coloca o problema de quebrar a unidade da figura do Provedor de Justiça, a grande questão que surge imediatamente é: quebrar por onde?”

pela Constituição. A CRP, que abre o seu discurso consagrando a “dignidade da pessoa humana” como base da República, é uma Constituição antropocêntrica. Está centrada no Homem e não no Estado. Alguma *antropologia* ela acolhe, alguma visão do Homem ela tem. E é justamente a partir dessa *antropologia constitucional* que se pode e deve reconstruir a unidade de sentido dos direitos fundamentais. Ora – e aqui está o núcleo central da argumentação – o “homem” que a Constituição acolhe (e que é *justamente* aquele que é titular de todos os direitos fundamentais, inclusive do direito de queixa ao Provedor de Justiça) é antes do mais o membro da cidade, o cidadão, que reúne em si todas as matizes da existência (é contribuinte, idoso, homem e mulher, jovem, trabalhador, proprietário, interessado em questões ambientais, ao mesmo tempo membro da República, do município e da região, etc.) mas que se não deixa “fracturar” em condições parceladas de cidadania. Por isso mesmo – conclui-se – a Constituição criou um Provedor *único* para a tutela dos direitos deste cidadão *uno*.

Este argumento, assim ou de outro modo resumido, pode ter para quem o profere valor ideológico; mas não é, em bom rigor, um argumento jurídico.

Goste-se ou não, a *antropologia* constitucional – essa mesmo que, de facto, confere unidade de sentido ao sistema de direitos fundamentais<sup>79</sup> – não corresponde ao que ficou atrás enunciado. A imagem de homem que a Constituição consagra é a do ser concreto, imerso nas necessidades, urgências e contingências da sua condição existencial, e não a do cidadão (abstracto) totalmente identificado com os deveres da virtude republicana. É à pessoa concreta que o Estado deve assistência e cuidado (art. 9, d) e h)); é à pessoa concreta que se confere o direito à segurança social (art. 63), o direito à habitação (art. 65) ou o direito à cultura (art. 73), como é *ainda por causa dela* que se determina a inviolabilidade da liberdade de consciência (art. 41). Por isso mesmo, o “homem” (o cidadão) que, nos termos do art. 23, é titular

---

<sup>79</sup> Falando, nestes termos, de “unidade de sentido” dos direitos fundamentais, J.C. Vieira de Andrade, “Direitos e Garantias Fundamentais”, em *Portugal, o sistema político e constitucional*, cit., p. 687. Do mesmo Autor, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, ob cit., p. 97 –114. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 99, falam por seu turno de “sistema dos direitos fundamentais” e de “concepção constitucional de direitos fundamentais”. Em toda esta literatura – como na literatura estrangeira: veja-se, por ex: Klaus Stern, “Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte”, em *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschlands*, orgs. Isensee/Kirchhof, Vol. V, Heidelberg, 1992, pp. 45-100 – o “sistema”, ou a “unidade de sentido”, ou a “concepção constitucional” dos direitos fundamentais são sempre descobertos a partir da concepção antropológica da Constituição.

do direito de queixa ao Provedor de Justiça não é para a Constituição uno mas múltiplo: ele é trabalhador (arts. 53 a 57), proprietário (art. 62), jovem (art. 70), idoso (art. 72), pai e mãe (art. 68), homem e mulher (art. 109). O reconhecimento, por parte da CRP, da pluralidade de condições, necessidades e interesses da *pessoa* cuja dignidade ela própria protege é um ponto firme; como o é o facto de se não desprender, do texto constitucional, nenhuma hierarquia entre essas diversas necessidades e condições. O que só permite concluir que da unidade de sentido, ou da concepção constitucional dos direitos fundamentais, não decorre que seja necessário um provedor único para a tutela daqueles mesmos direitos. Nada na antropologia constitucional impõe que haja uma indissociação entre a função do Provedor e a sua actual estrutura. No limite, poderá haver – de acordo com a referida antropologia - tantos provedores quantos os sectores de direitos protegidos. A “unidade de sentido” dos direitos fundamentais não o proíbe.

c) Os limites à criação de provedores múltiplos. Dever de boa administração e correcção funcional.

A possibilidade de multiplicação por lei – e *ad infinitum* - de provedores sectoriais encontra no entanto limites certos na Constituição. Tais limites decorrem de dois valores que a CRP protege e que podem conflitar com a decisão legislativa que pretenda alterar a actual estrutura do Provedor: o *dever de boa administração, por um lado*, e o “valor” da *correcção funcional*, por outro. Analisarei de seguida cada um destes valores, prestando particular atenção ao segundo, cujo conteúdo hoje (depois da revisão constitucional de 1997) pode ser melhor esclarecido graças à referência feita no art. 267, 3 à possibilidade de criação por lei das chamadas “entidades administrativas independentes”.

Antes de prosseguir, porém, importa desde já sublinhar o seguinte. O percurso até agora feito permite concluir: (I) Que não há, na Constituição, uma relação necessária entre a actual estrutura do provedor e a sua função, pelo que (II) Não está à partida vedada à lei a criação de provedores sectoriais; (III) Tal criação tem que ser, no entanto, *praticamente concordante* com o dever de boa administração e com o princípio da correcção funcional, donde que (IV) Um provedor sectorial só será conforme com a Constituição se se provar que a necessidade de tutela específica do sector do direito fundamental em causa é tanta que sobreleva os limites impostos pelas referidas ideias de “boa administração” e de “correcção funcional”.

A exposição que se segue conterà apenas o desenvolvimento destas conclusões.

d) Conteúdo e implicações do dever de boa administração.

Já se tem dito que “a garantia principal dos direitos fundamentais resulta deles próprios, do seu enraizamento na consciência histórico-cultural da humanidade e da sua tradução estrutural em cada sociedade concreta”<sup>80</sup>. A constatação prende-se com uma outra, de alcance mais vasto: em última análise, a Constituição é a única norma que se protege inteiramente a si própria, pelo que a sua defesa reside afinal de contas nela mesma, ou na sua capacidade para se fazer respeitar<sup>81</sup>.

Para o domínio que nos interessa as duas observações são ricas de consequências. Como meio de defesa dos direitos fundamentais, a instituição do provedor não é mais do que o elemento de um sistema muito complexo, que integra muitos e diversíssimos instrumentos e cujo funcionamento harmonioso depende, em última instância, da qualidade do “ambiente” cultural em que se encontrar. Na construção deste “ambiente” o Direito tem *alguma* responsabilidade. A sua compleição feliz não é, no entanto, obra isolada da cultura jurídica – depende antes do encontro entre a cultura jurídica e a tradição de maturidade cívica e política de cada comunidade constitucional.

O direito português cumpriu a sua “quota-parte” de responsabilidades na construção do ambiente adequado à defesa dos direitos fundamentais fornecendo uma plêiade de remédios jurídicos que são postos *directamente* à “disposição dos cidadãos para garantir a efectividade dos seus direitos e para reagir contra a violação dos mesmos”<sup>82</sup>. Entre esses remédios contam-se o direito geral de acesso aos tribunais (arts. 20; 202, 2); o direito de acesso à justiça administrativa (art. 268, 4); os meios próprios da justiça constitucional (arts. 277 a 283); as acções de responsabilidade civil contra o Estado (art. 22); o direito de acção popular (art. 52); o direito de resistência (art. 21); o direito de petição (art. 52) e o direito de queixa ao Provedor de Justiça (art. 23). Os quatro primeiros remédios são de índole jurisdicional. Os últimos têm um grau maior de informalidade, não revestem natureza jurisdicional e por isso – como também já foi dito – funcionam como uma espécie de *interface* entre a sociedade civil e o Estado.

Qualquer que seja a natureza destes meios, ou remédios, a sua eficácia depende sempre de um factor de “ambiente” que, sendo externo a cada um deles individualmente considerados, é ainda de natureza jurídica e tudo condiciona. A tal factor externo pode dar-se o nome de “boa

<sup>80</sup> J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa*, cit., p. 313.

<sup>81</sup> J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1111 e ss.

<sup>82</sup> *Idem*, p. 479.

administração”. Sem uma organização justa dos poderes públicos, sem uma ordenação razoável e adequada da actividade administrativa, sem instituições cujo funcionamento não seja “opaco” e “fechado” aos olhos do público<sup>83</sup>, ou sem centros de decisão que sejam desenhados de modo a evitar, *optimamente*, os conflitos positivos ou negativos de competências que possam surgir entre eles – sem tudo isto – não há nunca, numa comunidade constitucional, um “ambiente” favorável à defesa dos direitos fundamentais. Ora, nesta parte, a construção do “ambiente” é da responsabilidade do direito porque é da responsabilidade do legislador. No momento em que este último decide concretizar a Constituição (ou, *rectius*, a defesa dela), criando para tanto *novas* instituições que existam para defender os direitos das pessoas, a primeira tarefa que se deve empreender antes da aprovação da lei é uma tarefa de ponderação de bens. A necessidade da *instituição nova* deve ser sopesada, ou ponderada, com a necessidade que decorre do dever de boa administração. Aquilo que se ganha – para efeitos, obviamente, de defesa dos direitos – com a criação de mais um ente sobreleva aquilo que se pode vir a perder em ordenação razoável e adequada da administração pública? Ou sobreleva aquilo que se pode vir a perder com o eventual acréscimo de conflitos negativos e positivos de competências entre as instituições já existentes e a instituição nova? Ou sobreleva aquilo que se pode vir a perder na compreensão do público quanto ao modo de funcionamento das mesmas instituições? Todas estas questões, assim formuladas, não conduzem apenas a juízos quanto à oportunidade ou quanto ao mérito da decisão de legislar. O seu exame, e o resultado que dele se extrair, constitui antes um *pressuposto* jurídico quanto à constitucionalidade da lei que crie a nova instituição. Se se chegar à conclusão segundo a qual todas estas perguntas merecem resposta negativa – ou seja, se se chegar à conclusão segundo a qual o custo da criação da instituição nova, para efeitos de *boa administração*, é superior ao ganho geral que dela se obtém para efeitos de protecção efectiva dos direitos –, então, ter-se-á que chegar também à conclusão segundo a qual a decisão de legislar não será apenas má ou inoportuna. Será mais do que tudo isso inconstitucional, porque o bem ou valor da “administração razoável e adequada” se sobrepõe ao “bem” ou “valor” da criação de instituições para a defesa dos direitos fundamentais. É que a Constituição, neste domínio, não tolera uma má defesa. Nem exige apenas defesas semânticas ou textuais. O que ela exige ao legislador (porque daí depende em última análise a sua própria protecção) é que ele organize defesas efectivas. A efectividade das

---

<sup>83</sup> Assim mesmo, Canotilho/Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 141

defesas falha aí onde falhar a efectividade da sua administração. Uma lei que contribua para potenciar essa falha será, assim, uma lei que não cumpre as exigências da norma fundamental.

- e) O princípio da correcção funcional. Provedores múltiplos e autoridades administrativas independentes.

O segundo limite que a Constituição impõe à lei que pretenda optar pelo “modelo” dos provedores plurais é aquele que decorre do princípio da correcção funcional. O conteúdo deste princípio foi já acima enunciado: nenhuma interpretação da Constituição pode ser tida como válida se os seus resultados não respeitarem a distribuição de funções estaduais que é feita pela própria norma fundamental, na sua chamada “parte orgânica” ou *objectiva*.

O Provedor de Justiça é um órgão constitucional de natureza peculiar, sem tradição no constitucionalismo português – nem no constitucionalismo da Europa latina – e que por isso tem oferecido à doutrina algumas dificuldades de conceitualização e de classificação. Alguns autores concebem-no com uma espécie do género “autoridades administrativas independentes”<sup>84</sup>. Outros, no entanto, ou pura e simplesmente evitam esta classificação<sup>85</sup>, ou hesitam quanto a ela<sup>86</sup>, ou a ignoram<sup>87</sup>, preferindo apenas dizer que o Provedor é um órgão constitucional, *político*, que funciona como meio *sui generis* de defesa dos direitos fundamentais. Noutros lugares diz-se apenas que o Provedor é antes do mais, enquanto *defensor ou mediador do povo*, uma magistratura de opinião e de influência<sup>88</sup>.

<sup>84</sup> Estão neste caso Carlos Blanco de Morais, “As autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa”, em *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 61, Jan. 2001, p. 129-30, e Marcelo Rebelo de Sousa, *Lições de Direito Administrativo*, Lisboa, 1994/1995, p. 337.

<sup>85</sup> Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, (Direitos Fundamentais), Coimbra Editora, Coimbra, 3ª ed., 2000, p. 283 e ss, e Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2ª ed., 1997, p. 300-2.

<sup>86</sup> Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 502 e p. 552.

<sup>87</sup> Vital Moreira, *Administração autónoma e associações públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 126 e ss.

<sup>88</sup> Enrique Alvarez Conde, *Curso de Derecho Constitucional*, cit. p. 491. O “Defensor del Pueblo” previsto na Constituição espanhola é qualificado pela doutrina como “um órgão auxiliar do Parlamento para o controlo – não jurisdicional – da Administração Pública”. Perante esta qualificação, costuma ler-se nos autores alguma perplexidade quanto às competências (que a CE também lhe atribui) que extravasam o controlo dos actos da Administração, e que pressupõem alguma capacidade de interferir no controlo dos actos do próprio legislador, como o poder de interpor recursos de inconstitucionalidade (art. 162, 1 da CE). Quanto a esta perplexidade, veja-se também Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 4ª ed., 1997, p. 363. Como veremos já de seguida, o recorte que a CRP dá à figura é mais acentuadamente *político – e não estritamente*

Este debate quanto à natureza jurídica do instituto do Provedor interessa-nos pela seguinte razão.

Parecem hoje claros os motivos pelos quais, na última revisão constitucional, se decidiu aditar ao art. 263 um novo número – o nº 3 - com a seguinte redacção: “A lei pode criar entidades administrativas independentes”. Como muitas vezes sucede com outras normas constitucionais, também o sentido desta norma não pode ser correctamente apreendido *apenas* com recurso ao modesto meio da interpretação literal. Que a lei “pode” criar este tipo de entes já se sabia, antes mesmo de a Constituição o dizer. Como vimos *supra*, a competência legislativa ordinária da Assembleia da República é uma competência legislativa genérica, de cujo âmbito só se excluem aquelas matérias cuja regulação a CRP reserve expressamente ou à competência do Governo ou à competência do Parlamento, quando investido da qualidade de órgão dotado de poderes de revisão constitucional. Como é óbvio, a competência da AR para decidir quanto à criação destes entes administrativos, de novíssimo género, não estaria nunca no âmbito da primeira ou da segunda reserva.

O sentido da norma aditada pela revisão de 97 é, pois, outro. Dada a sua nova natureza, as autoridades administrativas independentes não podem multiplicar-se sem que a lei que as crie pondere, no momento em que se toma a decisão de legislar, o peso relativo de dois factores distintos: por um lado, a efectiva necessidade material da constituição destas novas entidades; por outro lado, a compatibilidade entre a sua existência e o modo pelo qual a própria CRP distribuiu as funções estaduais pelos diferentes órgãos do poder político, ou seja, o modo pelo qual a CRP, na parte III, organizou os mecanismos de controlo e de responsabilidade que ligam todos estes órgãos. Aí onde se diz que “a lei pode criar” deve por isso ler-se “a lei pode criar, desde que pondere....”. Explico-me.

Uma das características essenciais das chamadas “autoridades administrativas independentes” reside nisso mesmo – no facto de se tratarem de instituições justamente *independentes*, quer do poder político que as nomeia, quer dos interesses sociais e/ou cívicos que defendem. Como se sabe, tais figuras existem para “efectuar a regulação de um certo sector da sociedade, no *interface* entre a sociedade civil e o poder político”<sup>89</sup>, e

---

“*administrativo*”-, pelo que parece que não devem colher entre nós as dúvidas que registam os Autores espanhóis.

<sup>89</sup> Parte de uma definição dada por Quermonne, *apud* Vital Moreira, *Administração autónoma e associações públicas*, cit., p. 127. Todo o texto relativo ao conceito e à caracterização das autoridades administrativas independentes segue muito de perto a excelente obra de Vital Moreira, pp. 126 e s.

recebem tal missão do próprio Estado, que as cria. No entanto, o que as distingue dos meios tradicionais da administração pública, ou das formas tradicionais de auto-regulação privada de interesses societários, é o facto *novo* de a sua acção ser em larga medida uma acção livre, e de os seus titulares – escolhidos sobretudo por razões de mérito técnico-profissional – gozarem de um estatuto inédito de independência, quer face ao Estado quer face à sociedade. A acção reguladora destas autoridades é antes do mais uma acção livre porque é levada a cabo sem ordens, instruções ou directrizes vinculantes por parte do Estado; porque os seus actos não estão sujeitos a controlo de mérito; porque não têm que prestar contas da sua actividade aos órgãos da Administração pública; porque também não respondem perante os interesses sociais que procuram tutelar. Por outro lado, as “personalidades” escolhidas para serem titulares dos seus órgãos gozam de um inédito estatuto de independência porque detêm em geral mandatos inamovíveis de duração fixa e normalmente longa (mas também, por via de regra, de renovação limitada).

A proliferação deste meio de “governança” [governance] novo, que implica a deslocação de funções e de poderes que antes eram exercidos pelo Estado para uma “ordem” intermédia que se situa algures entre a sociedade civil e o poder político, coloca evidentes problemas àquelas ordens constitucionais que, como a nossa, se fundam no princípio democrático<sup>90</sup>. É que o processo de “partilha” das funções normativas, administrativas *stricto sensu*, e para-jurisdicionais de fiscalização e controlo, que se faz entre o Estado e estas novas entidades, tem que ter um limite: pelo menos algum núcleo essencial dessas funções *deve continuar a ser exercido* nos termos da Constituição, ou seja, por titulares de órgãos que sejam designados de acordo com as suas normas – entre as quais avulta a que determina a designação por disputa eleitoral – e que prestem “contas” da sua acção ainda nos termos e de acordo com os instrumentos que a própria Constituição organiza. A transferência sem limites de poderes de governança para estes entes novos, *politicamente neutros* e só dotados de uma legitimidade técnica, implicaria uma (profunda) mutação constitucional. Se tal ocorresse, a forma de governo democrático transmutar-se-ia numa *outra forma* – que seria porventura uma espécie de “sofocracia” platónica em versão de *expertise* técnica – à margem da Constituição e da sua própria legitimação. Por isso mesmo, o que o art. 267, 3, quer dizer é que a “lei pode criar autoridades administrativas independentes, desde que a sua criação resulte da devida ponderação entre a absoluta necessidade desta forma nova de “governança” – que só pode ser

---

<sup>90</sup> Assim também Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 553

*aferida em função das necessidades específicas do sector da vida em que vai actuar – e a necessidade de manter imperturbado o sistema de distribuição de funções estaduais fixado pela própria Constituição.* Caso se prove que esta devida ponderação se não fez, isto é, caso se prove que as funções que são atribuídas à entidade nova poderiam - com maior vantagem para o sistema orgânico da Constituição - permanecer na esfera da Administração pública ou na esfera de outro ente já criado, a norma do art. 267, 3 adquire uma estrutura negativa. Neste caso, leia-se, *a lei não pode criar o ente independente.*

O Provedor de Justiça não é uma autoridade administrativa independente. A instituição da provedoria compartilha de algumas características que também são comuns a estes novos entes: o processo de escolha do Provedor, que é eleito por maioria agravada do Parlamento em função do seu mérito público, é uma delas, como o é o seu estatuto de independência e a consequente inamovibilidade do seu mandato. Além disso, tal como as autoridades administrativas independentes, também a instituição do Provedor é uma *forma nova* de actuação pública (“política”) que se situa algures entre a sociedade civil e o poder formal. Quanto ao resto, porém – e este “resto” é fundamental, porque nele se integra o tipo diferente de funções que são devolvidas pelo Estado a uma e outra instituição – o Provedor é um *aliud* em relação às autoridades independentes porque é, ao mesmo tempo, menos e mais do que elas. É menos do que elas porque não exerce as funções administrativas de regulação que são atribuídas às autoridades. O Provedor não detém poder regulamentar, não detém poder para a prática de actos administrativos concretos, não exerce funções para-jurisdicionais de fiscalização e de aplicação de sanções. Mas, por outro lado, o Provedor é mais do que as autoridades independentes porque exerce uma função *política* – no sentido etimológico do termo: aquilo que é *global*, porque relativo à *polis* ou a todos os sectores da vida da República – que as autoridades independentes, confinadas à regulação de sectores determinados da vida económica ou social, não exercem. O poder que a estas últimas é devolvido é ainda de natureza estritamente administrativa, também no sentido etimológico do termo; o poder que é atribuído (pelo menos pelo nosso ordenamento) ao Provedor tem outra dimensão. Pode suceder que essa mesma dimensão se exerça antes do mais nos domínios da *política simbólica*. Mesmo que assim seja, ela continua a ser um *maius* em relação às competências parcelares e sectoriais das autoridades independentes. Na nossa ordem jurídica, aliás, esse *maius* está bem patente no facto de o Provedor ser membro do Conselho de Estado (art. 142 da CRP); no facto de o Provedor poder requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucional-

lidade das normas com força obrigatória geral (art. 281, 2); no facto enfim de o Provedor poder ainda requerer, ao mesmo Tribunal, a verificação da existência de uma omissão inconstitucional (art. 283). A razão de ser das autoridades administrativas independentes não as coloca nos domínios de defesa da Constituição.

Apesar destas diferenças (ou, noutra perspectiva: precisamente por causa delas), aquilo que acima se disse quanto aos limites que constitucionalmente são impostos à “proliferação” de entidades administrativas independentes valem, *por maioria de razão*, para a eventual proliferação das provedorias. O Provedor é independente, inamovível e eleito pelo Parlamento em virtude dos seus méritos precisamente porque exerce esta função *político-simbólica* a que acima me referi. A eficácia da sua acção na defesa dos direitos fundamentais decorre justamente da eficácia no desempenho desta mais geral “magistratura de opinião e de influência”. A criação, por lei e *ad infinitum*, de provedores plurais, destinados a tutelar sectores específicos de direitos fundamentais, teria no limite como resultado o *multiplicar da forma da instituição, minando paradoxalmente a eficácia da sua função*. Com efeito, o peso da opinião e da influência de cada magistratura será tanto menor quanto maior for o número dos “magistrados”. Sem limites, o modelo dos provedores plurais redundaria seguramente num acréscimo assinalável de instituições chefiadas por personalidades de mandatos longos e inamovíveis. É duvidoso que redundasse também num ganho para o sistema constitucional no seu conjunto – quer para o sistema de defesa dos direitos fundamentais, quer para o sistema de distribuição das funções estaduais, tal como ele decorre do princípio democrático.

Assim sendo, uma única conclusão se afigura possível. À imagem do que sucede com as autoridades administrativas independentes, também a *lei pode criar provedores plurais, destinados a tutelar sectores específicos de direitos fundamentais. Mas pode fazê-lo se a decisão de legislar estiver fundada numa correcta ponderação de bens. Há que ponderar se a necessidade de tutela, por via de mais um órgão independente e alheio aos mecanismos normais da responsabilidade democrática, justifica os “custos” que daí advêm para o sistema democrático no seu conjunto*.

Se é certo que não existe, no art. 23, uma necessária relação entre a actual estrutura do provedor único e a função constitucional que lhe é atribuída, a criação por lei de provedores sectoriais tem que ser feita de tal modo que se prove que a necessidade de tutela dos interesses sectoriais em causa sobreleva a necessidade de deixar imperturbado o sistema constitucional de distribuição de funções estaduais.



**A pluralidade  
do Ombudsman:  
vantagens e inconvenientes  
para a  
Administração Pública**



1. Como refere Filipe Baptista, o Ombudsman é, sem qualquer dúvida, um instituto de sucesso no final do Séc. XX <sup>91</sup>. Mas, se assim é, o certo é que a popularidade crescente da ideia de Ombudsman pode converter-se no pior dos seus inimigos<sup>92</sup>. E entre estes conta-se a nova *ombudsmania*. De facto, se Alves Correia<sup>93</sup> se refere a este fenómeno a propósito da necessidade cada vez mais sentida de reconsiderar as relações entre a Administração e o administrado, actualmente ela diz respeito a uma abusiva utilização da designação (ou semelhante) da instituição por parte de entidades privadas e de natureza pública. Em uma intervenção na Ordem dos Advogados, intitulada "*O Provedor de Justiça (hoje e amanhã)*", tive oportunidade de referir que a proliferação da figura do Provedor com funções sectoriais tem sido visível em Portugal nos últimos tempos. Primeiramente nas empresas privadas (algumas recentemente reprivatizadas) e depois nas públicas a criação de provedores instalou-se<sup>94</sup>. Por último, é dentro da área do Governo que têm surgido notícias acerca da multiplicação deste fenómeno (veja-se, a este propósito, a recente tentativa de frutificação do chamado "defensor do contribuinte", causa próxima, segundo penso, do presente seminário).

Todavia, esta situação induz em erro os cidadãos já que poderão ser levados a pensar que estes provedores, ou com designação parecida, são semelhantes ao Provedor de Justiça. A verdade é que não o são. São meros

---

<sup>91</sup> cfr. Filipe Alberto da Boa Baptista, "O Provedor de Justiça", p. 4, Junho de 1997, dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas da Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, ed. policopiada, ainda inédita.

<sup>92</sup> Donald C. Rowat, "The Ombudsman Citizen's Defender".

<sup>93</sup> "Do Ombudsman ao Provedor de Justiça", separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, "Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro", 1969.

<sup>94</sup> Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 59, III-Lisboa, Dezembro de 1999, pp. 1057 e ss.

agentes dos seus criadores cuja função é a de fazer o chamado controlo interno na própria Administração. Fora da área do Governo, os provedores existentes em algumas empresas, sejam elas privadas ou públicas, têm tido uma actuação pouco empreendedora e por vezes tendenciosa que pode mesmo denegrir a imagem do Provedor de Justiça. São raras as reclamações cuja razão seja por estes provedores admitidas aos reclamantes. Pode mesmo dizer-se que as tradicionais caixas de reclamações existentes nestas empresas foram, na era da publicidade, substituídas pelos provedores.

2. O problema (a criação de provedores ditos especializados) atingiu, porém, maiores proporções ao ser tentado, quer a nível constitucional, quer a nível parlamentar.

Assim, na altura da revisão constitucional de 1982, o Partido Ecologista "Os Verdes" apresentou um projecto que previa um artigo 23º-A respeitante à criação de um promotor ecológico, no qual se estipulava que os cidadãos podiam apresentar queixas ao referido promotor ecológico por acções e omissões de qualquer pessoa ou entidade que atentasse contra o equilíbrio ecológico. Acrescentava-se no referido projecto que o citado promotor "é um órgão público independente, cuja função visa a defesa dos direitos dos cidadãos consagrados no artigo 66º e na lei".

Na discussão que se seguiu, como refere Filipe Baptista<sup>95</sup>, para além de ter sido recusado este "provedor especializado", acentuou-se a dimensão generalista do Provedor de Justiça instituído e a inoportunidade de criação de um órgão com uma função do mesmo tipo, embora orientado para um âmbito material específico<sup>96</sup>. Na verdade, como continua a dizer Filipe Baptista<sup>97</sup>, reconheceu-se que uma função integradora de interesses a prosseguir pelo Provedor de Justiça é teleologicamente incompatível com um certo grau de comprometimento com determinados interesses específicos que se afirmam em alguns momentos históricos. A este propósito, é significativa a intervenção do deputado José Magalhães quando pergunta: por que é que não se propõe a criação, como existe noutros países, de um provedor das forças armadas ou das forças de segurança? Com efeito, acrescentou o conhecido jurista, ele existe em outros países mas também se sabe que a criação de provedores com este tipo de competências e esse âmbito de actuação pode ser excessivamente *interna corporis* e, portanto, não ser suficientemente

---

<sup>95</sup> Ob. Cit., p. 97.

<sup>96</sup> São de salientar, no mesmo sentido, as intervenções dos deputados Vera Jardim, Maria da Assunção Esteves e José Magalhães, a pp. 166/167, 167/172, respectivamente (cfr. Actas da CERC).

<sup>97</sup> Ob. Cit., p. 97.

distanciada para que preencha todos os objectivos que presidiram à instituição do Provedor de Justiça, os quais são inteiramente correctos do ponto de vista teleológico, ainda que possam não ser um êxito sob a óptica da sua efectivação (sublinhado meu) - cfr. *Actas da Comissão de Revisão*, p. 172.

3. Esta última afirmação, aliás em sequência de intervenções de outros deputados citados, produzidas em 1982, sugere-me o seguinte comentário:

a) Em primeiro lugar, a actividade do Provedor como Defensor do Ambiente.

Pouco antes de ter concluído o segundo mandato, a Provedoria publicou e distribuiu um livro (O Provedor de Justiça, Defensor do Ambiente) de onde constam as principais intervenções neste sector. Como escrevi na respectiva "Nota de Apresentação", pouco após ter iniciado o meu primeiro mandato, interroguei-me sobre as razões que poderiam vir mitigando a actuação do Provedor de Justiça sobre esta esfera de crescente interesse por parte das populações e tendo presente a revisão do Estatuto operada em 1991, onde se acentuou expressamente a protecção dos interesses difusos, e a dimensão dos valores ambientais na constelação dos direitos fundamentais, entendi dever encontrar um modo de actuação da Provedoria mais consentâneo com as difíceis exigências deste sector da sua actividade. Estimulei a especialização, tracei um programa de iniciativas, reformei os meios de apoio documental, incentivei inspecções aos locais e conferi maior visibilidade às minhas intervenções públicas, como viria a suceder em 30 de Setembro de 1993, quando entendi ser imperioso erguer a voz contra a projectada instalação de uma central de incineração de resíduos industriais em Sines, sem a devida participação dos mais directos interessados: os cidadãos. O seguimento destes pressupostos surge, de algum modo, espelhado na edição mencionada. Trata-se de compilação sistematizada de algumas das recomendações ambientais formuladas, de estudos e outras intervenções públicas no período dos meus dois mandatos. Quem se der ao trabalho de ler este livro, poderá verificar que a sugestão formulada pelos constituintes em 1982 (1ª revisão constitucional) foi cumprida evidenciando, do mesmo passo, a inutilidade de provedores especializados.

b) Em segundo lugar, o provedor das forças armadas.

Sobre este sector, após alguma discussão, as autoridades militares têm vindo a cooperar com o Provedor, ainda que a legislação concernente

continue a ter algumas imprecisões e restrições sobre o exercício do direito de queixa ao Provedor por parte dos militares. A prática superou estas restrições por forma aceitável, embora seja de lamentar que a lei não seja mais clara e inequívoca e até conforme à Constituição. Desta maneira, importa sanear qualquer "limite subjectivo à petição" por representar uma restrição ao direito fundamental de acesso ao Ombudsman. De qualquer forma, já vão longe os tempos em que as autoridades militares negavam qualquer colaboração. A Lei n.º 20/95, de 13 de Julho, embora imperfeita, representou um avanço.

Pode, pois, afirmar-se que o Provedor de Justiça é também o provedor das forças armadas e militarizadas.

c) Em terceiro lugar, as sempre recorrentes tentativas de criação do provedor da criança e do ainda existente defensor do contribuinte.

Quanto ao primeiro, nada se adiantou - e bem - após alguma polémica constante dos jornais e, quanto ao segundo, para além de ser inconstitucional, é francamente inconveniente e desprovido de eficácia como tentei demonstrar em artigo publicado recentemente no jornal "O Público" de 7 de Fevereiro de 2001.

4. Não é, porém, exclusiva de Portugal esta investida da "nova ombudsmania".

Como nos dá conta Manuel Aznar Lopez<sup>98</sup>, nos últimos anos parece observar-se uma tendência para a multiplicação de defensores específicos (exemplo, os defensores dos menores) e acrescentou: a proliferação de defensores pode levar, por saturação, ao fracasso da Instituição.

Ainda mais: cada provedor dito especializado acarretará a multiplicação por mais de 300 em Portugal, atenta a força expansiva dos municípios com a sua actuação mimética.

Aliás, no nosso país já se tentou, felizmente sem êxito, a criação de provedores municipais com funções generalistas.

Se não se contiver a maré "ombudsmaníaca", o que é difícil, só restará a resignação de contemplar a desagregação da ideia do Provedor de Justiça, ou seja, "morrer de êxito"<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> Assessor do Defensor del Pueblo de Espanha, "Ponência" apresentada nas "Jornadas sobre o Menor na União Europeia no início do século XXI" e realizadas em Madrid.

<sup>99</sup> Aznar Lopez, intervenção citada.

5. E tudo isto para quê? Haveria vantagens para o cidadão? E para a Administração?

Não tenho qualquer dúvida em responder por forma negativa. Em primeiro lugar, o cidadão não saberá se se deverá dirigir ao Provedor de Justiça ou à miríade de provedores ditos especializados (provedor do contribuinte, provedor da criança, provedor dos hospitais, provedor municipal, provedor do idoso, provedor da segurança social, e sei lá que mais). Para a Administração seria o caos. Conhecendo, com alguma suficiência, a nossa Administração não tenho dúvida em afirmar que seria a total paralisia com terríveis reflexos para o prestígio do provedor, já que seriam fatais contradições flagrantes.

Por outro lado, a actual organização da Provedoria vem conseguindo responder com muito esforço às mais diversas solicitações e com êxito (mais de 70%, descontando, é claro, as reclamações julgadas improcedentes). Isto, por um lado. Por outro, a Provedoria tem 6 áreas especializadas que cobrem a Administração Central, Regional e Local. Importa, porém, criar novas extensões no continente, já que nas duas regiões autónomas existem há algum tempo e com sucesso manifesto na dos Açores, sendo ainda prematura a avaliação da extensão da Madeira, atenta a sua recente instalação.

Saliento ainda a existência de dois departamentos especializados sobre os direitos da criança e dos idosos dotados de duas linhas directas e sem custos para o utente. Finalmente, é de acentuar a possibilidade de, há anos a esta parte, o Provedor intervir nas relações entre particulares que impliquem uma relação de domínio, no âmbito da protecção de direitos, liberdades e garantias (por exemplo, empresas de telecomunicações, seguros, bancos, etc.).

Três apontamentos finais: o primeiro para dizer que o orçamento da Provedoria deverá ser aumentado, sendo certo, porém, que este dispêndio será incomparavelmente menor do que aquele que resultaria da não contenção desta nova moda da proliferação de provedores; a segunda palavra dirige-se para os órgãos legislativos para não criarem no seu seio mais inspecções, uma vez que o controlo interno é muito menos credível do que o externo desempenhado, como é sabido, com total independência; a terceira palavra é para dizer que o sucesso da Instituição será o seu pior inimigo se não se seguir o caminho certo.



1. A participação no Seminário *O Cidadão, O Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes* conduziu-nos a uma reflexão sobre um problema que parece interessante e ao qual, por isso mesmo, se dedicam as próximas linhas.

Quando, há mais de duzentos anos, o parlamento da Suécia criou a figura do *ombudsman*, estava longe de adivinhar a popularidade que a instituição iria conquistar: com o nome de *parliamentary commissioner*, de *médiateur*, de *diffensore civico*, ou de *defensor del pueblo*, o *ombudsman* alastrou pelo mundo, evidenciando a ideia que lhe estava subjacente – a de um meio de defesa dos cidadãos contra os abusos do poder caracterizado pela acessibilidade, pela informalidade e pela gratuidade.

Estas características do *ombudsman* distinguem-no dos órgãos tradicionalmente dedicados à composição de litígios, os tribunais. Na verdade, estes não são acessíveis aos cidadãos comuns – que carecem, para lhes chegar, da intermediação de um advogado —, regem-se por um formalismo rígido, consubstanciado numa parafernália de prazos, duplicados legais, recursos, etc., e são caros, exigindo pagamentos, por vezes avultados, ainda antes de o tribunal julgar o conflito. As características do *ombudsman* faziam dele, indiscutivelmente, uma boa ideia.

Compreende-se bem que a popularidade do *ombudsman* tenha atingido níveis tais, que haja despontado – e posteriormente se haja desenvolvido — uma tendência para a multiplicação do modelo.

E, quando falamos em *multiplicação* não nos referimos agora à expansão geográfica, à propagação da figura a outros países e continentes. O que está em causa, neste ponto, é a substituição da ideia original de um *ombudsman* “generalista”, com capacidade para interferir em todas as áreas da actividade administrativa pública, em nome de uma nobre e indiferenciada “defesa da cidadania” – porventura ainda com um certo sabor a revolução francesa —, por uma outra ideia, bem distinta: a de vários *ombudsmen*

especializados em diferentes áreas da administração pública, dedicados, já não à defesa do Cidadão, mas à defesa do consumidor, à defesa dos utentes dos vários serviços públicos, à defesa dos espectadores, ouvintes ou leitores dos meios de comunicação social, à defesa dos residentes na circunscrição administrativa correspondente a determinada autarquia.

No início, esta expansão deu-se dentro do universo público, mas rapidamente extravasou este, alargando-se a determinadas relações de natureza jurídico-privada. Apareceram então os “provedores do cliente” das mais variadas empresas, com destaque para as seguradoras.

A popularização da instituição levou alguns a perguntarem-se se seria admissível – e, se o fosse, em que medida —, a existência de uma multiplicidade de *ombudsmen*, com competências em diferentes áreas da administração pública – administração local, administração militar, etc. — ou, mesmo em certas áreas da prática social privada, sobretudo no domínio das actividades de prestação de serviços de interesse público – transportes, telecomunicações, etc.

Não existirá o risco de tal multiplicação de *ombudsmen* confundir os cidadãos, contribuindo para uma crescente indiferença perante a instituição? Se existirem muitos *ombudsmen*, não poderão os cidadãos perder a noção da utilidade do *ombudsman*, considerando-o apenas mais uma instância burocrática, entre muitas outras? Não poderia, em suma, a instituição vir a ser vítima do seu próprio sucesso?

Muitos não escondem este tipo de receios: tratando-se, em regra, de juristas – ou não seja o *ombudsman* visto como uma instituição da justiça – procuram esgrimir argumentos jurídicos contra a proliferação de *ombudsmen*.

2. A primeira base para tal argumentação encontram-na na Constituição: o artigo 23º da lei fundamental refere a existência do *Provedor de Justiça*; assim redigida, tal norma implicaria a existência de um único *ombudsman*, sendo ilegítima a criação de outros. A Constituição garantiria o “carácter unitário” do *ombudsman*.

Não nos parece possível tomar uma posição sobre o tema sem esclarecer uma confusão que julgamos estar subjacente àquela posição: uma coisa é o *ombudsman*, enquanto instrumento de defesa de direitos, necessariamente dotado de certas características que lhe conferem um perfil específico, e outra, o Provedor de Justiça, enquanto instituição pública dedicada à defesa dos cidadãos portugueses contra os comportamentos irregulares ou injustos da administração pública portuguesa, instituição enformada pela ideia do *ombudsman*.

Para deixar o mais clara possível tal distinção, nada melhor do que começar por recordar sumariamente as características do *ombudsman*, considerado como instrumento de protecção de direitos.

A primeira característica do *ombudsman* é a independência.

Esta decorre, por via da regra, da circunstância de aquele ser escolhido por um processo que o coloca ao abrigo da interferência do órgão administrativo ou executivo da entidade em cujo âmbito se desenvolve a sua actividade. No comum dos casos, tal desiderato alcança-se através da escolha do *ombudsman* através de um processo eleitoral, promovido no seio de um órgão deliberativo ao qual se encontram atribuídas funções de controlo, como ocorre, no contexto dos Estados, com os respectivos parlamentos.

A segunda característica do *ombudsman* é a imparcialidade, consubstanciada num estatuto de equidistância relativamente aos vários interesses em jogo nos assuntos que lhe são submetidos.

Neste ponto, o *ombudsman* não se distingue dos tribunais: em ambos os casos, trata-se de instâncias que se movem num contexto conflitual – mais claro e bem definido no que aos tribunais respeita, mais impreciso e instável, no que se refere ao *ombudsman*. Num caso como noutro, a legitimidade da intervenção está estritamente dependente do estatuto de independência do interventor – e da respectiva capacidade para respeitar e fazer respeitar este estatuto.

A terceira característica do *ombudsman* é a sua acessibilidade, encontrando-se este à disposição de todos quantos lhe queiram submeter questões relativas à actividade das entidades sujeitas à sua intervenção<sup>100</sup>.

A quarta característica do *ombudsman* é a especialização em administração pública. A actividade do *ombudsman* enquadra-se tradicionalmente, desde a sua remota criação escandinava, no universo público; o *ombudsman* foi concebido para controlar o poder – o poder público, entenda-se.

Com tal origem, é compreensível a ideia de que a instituição somente faz sentido relativamente a actividades que tenham uma conotação pública — seja por serem desenvolvidas por entidades públicas, sejam por serem reguladas por normas de direito público, seja, ainda, porque, de qualquer outra forma, têm a ver com a prossecução de interesses públicos, entendidos estes como os que respeitam à satisfação de necessidades colectivas.

---

<sup>100</sup> Alguns *ombudsmen* não apresentam esta característica, como sucede em França com o *médiateur*: são os deputados da Assembleia Nacional quem apresenta ao *médiateur* as queixas dos cidadãos, funcionando como uma espécie de “filtro” destas. Os cidadãos não têm, pois, a possibilidade de se lhe dirigirem directamente.

A última característica do *ombudsman* – e, porventura, a que melhor reflecte a sua natureza – é a falta de poderes de decisão, isto é, a circunstância de lhe não ser atribuída capacidade jurídica para alterar ou revogar decisões administrativas, assistindo-lhe tão somente poderes de recomendação e de divulgação<sup>101</sup>. A expressão que melhor simboliza esta característica é a expressão “magistratura de influência”.

Este é o perfil tradicional do *ombudsman*, *personnaggio della legenda nordica*<sup>102</sup>.

3. Vistas as características do *ombudsman*, estamos agora em condições de analisar a figura constitucional do Provedor de Justiça português: tal análise tem por objectivo apurar em que medida partilha ele de tais características.

O nosso Provedor de Justiça é um órgão independente, não tendo qualquer ligação ao Governo. A sua independência assenta na eleição pela Assembleia da República, eleição que, além do mais, é feita por maioria qualificada.

Os poderes de intervenção do Provedor de Justiça estendem-se à administração pública em sentido material, isto é, dispõe de competência para intervir relativamente à actividade desenvolvida não apenas por entidades de estatuto jurídico-público, mas, também por entidades de estatuto jurídico-privado controladas ou decisivamente influenciadas por entidades públicas ou de outra forma envolvidas na prossecução de interesses públicos.

O Provedor de Justiça não dispõe de poderes jurídicos bastantes para revogar ou modificar quaisquer decisões administrativas; as competências que lhe estão atribuídas consistem em investigar, inspeccionar, recomendar, divulgar e relatar.

A actividade do Provedor de Justiça não está sujeita a quaisquer formalismos especiais, podendo e devendo procurar esclarecer os factos que são apresentados por todos os meios ao seu alcance.

---

<sup>101</sup> STANLEY ANDERSON e Outros, *Ombudsman papers: American Experience and Proposals*, Berkeley, 1969. JOHN E. MOORE, citado por GERALD CAIDEN, define o *ombudsman* como um independent and easily accessible expert in government who receives and investigates individual complaints of bureaucratic abuse. He reports on them, and may publicize his findings, but he has no power to change administrative decisions – The self-perceptions of Ombudsmen: a Comparative Survey, «in» *International Handbook of the Ombudsmen. Evolution and Present Function*, Londres, 1983, Volume II, P.43.

<sup>102</sup> GIOVANNI NAPIONE, *L'ombudsman. Il controllore della pubblica amministrazione*, Milão, 1969, p.255.

Um pouco como reverso dos poderes que a lei lhe atribui, o Provedor de Justiça está obrigado a respeitar o princípio do contraditório, que o impede de censurar quaisquer pessoas sujeita aos seus poderes de intervenção, sem que previamente lhes dê a oportunidade de se justificarem e sustentarem o comportamento que o Provedor entende ser censurável.

Por último, qualquer cidadão pode recorrer directamente ao Provedor de Justiça, sem ter de suportar quaisquer custas ou encargos.

4. Não parece haver dúvidas de que o nosso Provedor de Justiça, enquanto instituição do Estado vocacionada para a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos contra a administração pública, é uma concretização da ideia do *ombudsman*.

Agora, depois deste esclarecimento, podemos voltar à questão que inicialmente colocámos: terá o Provedor de Justiça de ser o único *ombudsman* ou, ao contrário, serão admissíveis outros *ombudsmen*, dentro do universo público ou, mesmo, fora dele? E, se o forem, quais as vantagens? Por outras palavras: estará o Provedor de Justiça sujeito a uma espécie de “unicidade”?

Esta não é uma questão relativamente ao esclarecimento da qual possamos recorrer a grandes contributos doutrinários. Pode mesmo dizer-se que de tal problema existem menos rastros do que dos velhos dinossauros<sup>103</sup>.

Passemos então à ponderação do problema, no contexto nacional, formulando claramente duas perguntas:

- 1ª. A instituição do Provedor de Justiça é, entre nós, necessariamente unitária ou, ao contrário, poderão admitir-se diversos provedores de justiça<sup>104</sup>?
- 2ª. Existirá vantagem em multiplicar o instrumento *ombudsman*, com as características que atrás se apontaram, na sociedade portuguesa?

5. Começemos pela primeira questão.

<sup>103</sup> Na obra *L'ombudsman (il difensore civico)*, editada sob coordenação de COSTANTINO MORTATI (TURIM, UTET, p.252-253), pondera-se a instituição de *ombudsmen* nas autarquias locais – províncias e comunas – rejeitando-se liminarmente, em obediência ao estatuto de independência da figura, que tais funções possam ser exercidas por funcionário designado pela administração do Estado, sustentando-se a respectiva eleição pelo conselho provincial ou pelo conselho comunal. Os obstáculos que o autor encontra à concretização da medida relevam de especificidades do ordenamento jurídico italiano, sendo claro que ele não tem objecções, no plano dos princípios, à instituição de *ombudsmen* locais.

<sup>104</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3ª edição, Coimbra, 2000, pp.285-286.

O artigo 23º da Constituição refere-se a um Provedor de Justiça – *ao Provedor de Justiça*. Não parecem existir dúvidas que se afastou, com tal redacção, a possibilidade de ser criado, como na Escócia, um provedor de justiça para a administração local autárquica, ou, como nalguns outros países, um provedor de justiça para a administração militar.

Em nosso entender, o sentido do artigo 23º é o de estabelecer que o Provedor de Justiça instituído pela Constituição e eleito pela Assembleia da República é um só, abrangendo os seus poderes de intervenção, obrigatoriamente, toda a extensão da actividade administrativa pública.

Consequentemente, o aspecto relevante não será tanto o saber se outros provedores de justiça poderão ser criados, mas a impossibilidade de a lei reduzir o âmbito de intervenção ou os poderes do Provedor de Justiça, mediante a instituição de provedores de justiça especializados em determinadas áreas da administração pública (imaginemos o provedor de justiça dos utentes dos hospitais públicos), em certos serviços públicos (o provedor de justiça das telecomunicações) ou na actividade de determinadas entidades públicas (o provedor de justiça do município do Porto).

Em nosso entender, nada obsta à eventual instituição de outros provedores de justiça dentro do universo público, mas tal eventual instituição não implica excluir as áreas de administração, os serviços ou as entidades abrangidas, nem do âmbito, nem dos poderes de intervenção, do Provedor de Justiça.

Por outras palavras: a eventual instituição de tais provedores de justiça especializados só pode representar um aumento de garantias para os cidadãos, nunca uma limitação da garantia constitucional representada pelo Provedor de Justiça.

Em todo o caso, seria prudente a lei impedir o uso da denominação *Provedor de Justiça* por qualquer outra entidade que não a prevista no artigo 23º da Constituição. Nada há de extraordinário em tal proibição, pois está em causa um problema de identificação da instituição pelo cidadão comum<sup>105</sup>.

**6.** Admitindo, como admitimos, que é possível criar outros *ombudsmen* para além do Provedor de Justiça, podemos passar à segunda questão, ou seja, ponderar se se ganhará alguma coisa em fazê-lo. E aquilo que se poderá, eventualmente, ganhar terá de se situar no plano do controlo

---

<sup>105</sup> A título de exemplo, os termos *universidade* ou *faculdade* encontram-se legalmente reservados a instituições do ensino superior, não podendo ser livremente utilizados para designar outras entidades. Recordo que quando se criou uma espécie de *ombudsman* do contribuinte – que, entendida nos termos que sustentamos, não nos merece qualquer crítica – se escolheu o nome *defensor do contribuinte*.

da actividade administrativa pública – que é, por excelência, o “teatro de operações” do *ombudsman*.

Nada melhor, para tal, do que ponderar as vantagens e os inconvenientes de tal proliferação de *ombudsmen*.

A mais evidente vantagem que poderá advir da multiplicação de *ombudsmen* releva da ideia de especialização. Na verdade, sendo a actividade administrativa pública cada vez mais diversificada e complexa — abrangendo, ao menos no plano da actividade regulatória, áreas de grande sofisticação técnica, de que se podem apontar como exemplo privilegiado, as telecomunicações —, não deixaria de fazer sentido a instituição de *ombudsmen* especializados, particularmente habilitados a intervir nessas difíceis zonas da actividade administrativa pública<sup>106</sup>.

O Provedor de Justiça – que é um “generalista” da administração pública – não dispõe, em princípio, de capacidades técnicas específicas no domínio das telecomunicações. Um *ombudsman* específico para as telecomunicações teria, provavelmente, melhores condições para investigar queixas relativas a litígios ocorridos neste sector.

7. Como gostam de dizer os brasileiros, a vantagem apontada tem “um porém”. Na verdade, este tipo de dificuldades coloca-se hoje relativamente a todos os órgãos de controlo da administração pública (por exemplo, ao Tribunal de Contas), bem como às instituições dedicadas à composição de litígios envolvendo a administração pública, nomeadamente aos tribunais administrativos. Em relação a todos eles se multiplicam as dificuldades decorrentes das crescentes complexidade e tecnicidade administrativa.

A resposta a tal complexidade crescente não tem necessariamente de consistir na multiplicação de tribunais ou instâncias de controlo especializados. Sucede mesmo que esta tendência comporta um significativo inconveniente, bem conhecido da ciência da administração. Referimo-nos ao chamado “efeito de captura”.

Na verdade, a tendência para delimitar as missões das instâncias de regulação, de supervisão ou de controlo em função das entidades a elas sujeitas tem o inconveniente de atrair tais instâncias para dentro do universo dos interesses destas entidades.

---

<sup>106</sup> Imagine-se, por exemplo, as dificuldades da intervenção do Provedor de Justiça num litígio entre um operador de serviço telefónico e a entidade reguladora competente – o ICP – a propósito da fixação de *flat rates* para acesso à *internet*.

Em consequência desta força centrípeta, fica potencialmente comprometida a imparcialidade que, como se viu, constitui exigência fundamental de todo e qualquer *ombudsman*.

Por outro lado, a suposta – e provavelmente verdadeira – insuficiência técnica do Provedor de Justiça para enfrentar problemas de elevada tecnicidade, próprios de certas áreas da actividade administrativa pública, pode ser superada por formas diversas da criação de *ombudsmen* especializados: reforçando os quadros da Provedoria de Justiça ou utilizando, como fazem os tribunais, peritos.

Em suma, se, por um lado, entendemos que não existem obstáculos constitucionais à instituição de outros *ombudmen*, distintos do Provedor de Justiça, dentro do universo público, no âmbito de determinadas actividades administrativas ou de certas entidades públicas, por outro lado, não estamos convencidos de que tal instituição tenha necessariamente um impacto positivo no controlo da actividade administrativa pública.

**As entidades  
administrativas independentes  
e o Provedor de Justiça**



## 1. Introdução

Permitam-me, antes de mais, agradecer a oportunidade que me foi dada para estar neste Seminário, em boa hora organizado, felicitando por isso o Senhor Provedor de Justiça e a Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento pela sua iniciativa. Espero que ela sirva de algum modo para superar o notável défice de discussão académica e de literatura que existe sobre o Provedor de Justiça em Portugal, tanto mais de lamentar quando se verifica que entre os maiores sucessos institucionais no âmbito da Constituição de 1976 se encontra seguramente o Provedor de Justiça, em tantos aspectos uma instituição original, como procurarei mostrar nesta comunicação. Era altura de lhe prestar justiça em termos de aprofundamento doutrinário desta figura.

O tema que me foi dado é “As entidades administrativas independentes e o Provedor de Justiça”. Proponho-me responder a duas questões totalmente diversas. A primeira é saber se o Provedor de Justiça é uma “entidade administrativa independente”. A segunda é saber se o Provedor de Justiça tem jurisdição sobre as (demais) entidades administrativas independentes. Antes de tudo, porém, é necessário definir o que são as tais entidades administrativas independentes.

Por isso, a minha comunicação será dividida em três partes: *(i)* definir a noção de entidades administrativas independentes; *(ii)* analisar se o Provedor de Justiça se integra nessa categoria; *(iii)* indagar se a “jurisdição” do Provedor abrange as entidades administrativas independentes.

## 2. O que são as entidades administrativas independentes?

### a) *Um figura inovatória*

As entidades administrativas independentes são, numa primeira aproximação elementar, organismos administrativos que não fazem parte da administração directa do Estado e que escapam à tutela e superintendência governamental, diferentemente do que sucede tradicionalmente com a administração indirecta (institutos públicos, empresas públicas, etc.).

Elas constituem de facto uma figura relativamente nova na evolução da Administração do Estado constitucional representativo moderno. Na verdade, elas são exóticas sob o ponto de vista do princípio fundamental do constitucionalismo em relação à Administração, que consiste numa ligação orgânica e necessária entre o aparelho administrativo e o “poder executivo”, ou seja, o governo. Pela submissão da Administração ao poder executivo passa a sua legitimação democrática: nos regimes parlamentares, através da responsabilidade do governo perante o parlamento eleito; nos regimes presidencialistas, através da eleição directa do próprio Presidente da República, que é também chefe do executivo.

As entidades administrativas independentes constituem portanto uma infracção desta regra básica, na medida em que passa a haver entidades administrativas que não se enquadram na “pirâmide administrativa” e que não estão subordinadas ao poder executivo, por isso se chamando justamente independentes.

### b) *As comissões reguladoras independentes nos Estados Unidos da América*

Esta figura das entidades administrativas independentes é de origem essencialmente norte-americana (embora sem essa designação). O seu paradigma originário está nas “comissões reguladoras independentes” (*independent regulatory commissions*), estabelecidas desde final do século XIX e destinadas a regular a vida económica. A primeira foi a “Interstate Commerce Commission”, uma entidade reguladora dos transportes ferroviários inter-estaduais nos Estados Unidos. A lógica fundamental das comissões reguladoras independentes é a ideia de regulação pública da economia, poupando porém a intervenção do Governo no mercado.

De acordo com a regra típica da economia liberal o Estado não deve intervir na economia, pelo que o Governo e a Administração não devem

interferir no mercado, a “mão invisível” que regula a economia. Porém, não tardou em verificar-se que o mercado apresenta falhas e que a economia não pode dispensar uma certa intervenção do Estado. As comissões reguladoras independentes foram uma resposta compromissória, digamos assim transaccional, entre, por um lado, a necessidade de regular a economia (ao arrepio do paradigma liberal) e, por outro lado, a necessidade de manter o Governo fora da economia (mantendo fidelidade a esse mesmo paradigma). E por isso se engendrou esta fórmula, totalmente original, de comissões reguladoras independentes, autoridades públicas sem dúvida, com funções tipicamente administrativas (e outras nem tanto, como se verá), mas não integradas no executivo nem pertencendo à sua administração.

Por um lado, embora nomeadas pelo executivo, elas são independentes dele, já porque os seus membros são essencialmente inamovíveis (independência orgânica), já porque não estão sujeitos a ordens, instruções ou directivas do Governo no exercício das suas funções (independência funcional). Por outro lado, elas dispõem de grandes poderes regulamentares independentes, de extensos poderes administrativos decisórios (licenciamentos, autorizações, etc.), e de amplos poderes sancionatórios, combinando aquilo que a doutrina norte-americana designa como um conglomerado dos três poderes clássicos do Estado: um poder normativo, um poder administrativo e um poder para-jurisdicional, ou seja, um poder sancionatório. Em qualquer dessas vertentes o exercício dos seus poderes só está submetido somente a controlo jurisdicional (e também, em certa medida ao controlo directo do Congresso), mas não a controlo do executivo.

A história das comissões reguladoras independentes nos Estados Unidos da América é, durante todo o Século XX, uma história do seu crescimento, multiplicação e proliferação, à medida que as necessidades de regulação da economia se iam tornando mais exigentes. Não é por acaso que elas têm a sua época de ouro durante os governos de Roosevelt nos anos 30, a seguir à grande crise económica de 1929. Alguns dos grandes “monstros sagrados” das comissões reguladoras independentes nascem nessa altura e ainda hoje existem, como a “Federal Communications Commission (FCC)”, para as telecomunicações, ou a “Securities and Exchange Commission (SEC)”, para os mercados dos valores mobiliários (bolsas, etc.). Ainda hoje, elas são, digamos assim, os grandes paradigmas das comissões reguladoras independentes de modelo norte-americano.

O que as caracteriza essencialmente é uma forte independência perante o executivo, a não integração na administração através de dois mecanismos essenciais: por um lado, a inamovibilidade dos seus membros, salvo em casos de falta grave, de grosseira “misconduct”, por parte dos membros da

autoridade reguladora; por outro lado, a ausência de controlo governamental sobre os seus actos, sujeitos somente a “judicial review”.

Temos, por um lado, um mandato relativamente longo, em geral de 5 anos, portanto superior ao mandato do Presidente, o chefe do executivo, acompanhado da inamovibilidade tendencial. Temos, por outro lado, a independência funcional, traduzida no facto de elas não estarem sujeitas nem a ordens ou instruções, nem a directivas ou recomendações externas. Em linguagem moderna constitucional portuguesa não estão sujeitas nem a superintendência nem a tutela, pelo menos a tutela de mérito.

Além disso, e como já referi, elas são caracterizadas por uma agenda essencialmente livre. As leis do Congresso que as constituem são relativamente abertas, deixando uma grande capacidade normativa às próprias autoridades reguladoras. E juntamente com ela vem, obviamente, uma grande autodeterminação administrativa e um amplo poder sancionatório.

Apesar da contestação a que são regularmente submetidas nos Estados Unidos, tanto sob o ponto de vista doutrinário como jurídico-constitucional, bem como de algumas limitações recentes da sua independência tradicional – nomeadamente a possibilidade de “review” dos seus regulamentos pelo Congresso –, as comissões reguladoras independentes constituem um traço essencial do panorama administrativo norte-americano, podendo dizer-se que elas estão na base da construção de todo o Direito Administrativo nesse país. Por exemplo, o célebre Código de Procedimento Administrativo (Administrative Procedure Act), de 1946, foi pensado essencialmente para elas.

### *c) O desenvolvimento das entidades administrativas independentes na Europa*

Como é que estas entidades administrativas independentes aparecem na Europa?

Na Europa existem fundamentalmente três fontes para este novo tipo de entidades administrativas não executivas, independentes do Governo, e portanto violando o paradigma clássico da Administração executiva.

A primeira foi a importação das comissões reguladoras independentes norte-americanas, primeiro na Grã-Bretanha, através das “regulatory agencies”, sobretudo a partir da revolução “thatcheriana”, nos anos 80 do século passado, acompanhando a liberalização e a privatização da economia. Grande parte das “public utilities” (telecomunicações, caminhos de ferro, electricidade, água, etc.) foram liberalizadas ou privatizadas e isso implicou a criação de órgãos reguladores, para garantir o acesso equitativo dos diversos operadores às redes, para implementar a concorrência entre estes, bem como

para velar pelos interesses dos consumidores (dada a importância essencial desses sectores). O Estado deixou de ser o prestador directo das “utilities”, passando a ser somente regulador, mas não um regulador directo, antes um regulador por intermédio justamente de agências reguladoras independentes.

Esta via britânica estabeleceu as grandes linhas da regulação da economia pós-intervencionista, a seguir à revolução neo-liberal de liberalização e privatização da economia. Alguns nomes britânicos – lembramos, por exemplo o célebre Littlechild, o regulador da electricidade – constituíram um paradigma da regulação independente na Grã-Bretanha e por seu intermédio na Europa dos anos 90.

Na senda da Grã-Bretanha, muitos outros países europeus vieram adoptar as mesmas soluções regulatórias, na sequência de idênticos processos de liberalização económica e de privatização do sector público, sobretudo dos tradicionais serviços públicos. Por isso, todos eles apresentam hoje um número maior ou menor de agências reguladoras independentes, nomeadamente, no sector do mercado dos valores mobiliários, nas telecomunicações e outros antigos serviços públicos (electricidade, gás, transportes, água e saneamento), bem como uma autoridade transversal da concorrência. Em geral, trata-se de entidades dotadas de substancial independência face ao Governo (mandatos longos, inamovibilidade, recursos financeiros próprios, não sujeição a superintendência ou tutela governamental, etc.). A expressão “autoridades reguladoras independentes” (AAI) foi cunhada em França, tendo-se entretanto generalizado na doutrina e na legislação em vários outros países.

A segunda fonte das entidades administrativas independentes na Europa é alemã e vem daquilo que no linguajar jurídico-administrativo germânico se diz “ministerialfreie Verwaltung”, ou seja, administração livre do controlo ministerial, portanto à margem do Governo. O paradigma é o Bundesbank, o banco federal, que desde cedo ganhou autonomia e independência em relação à administração governamental, deixando de estar sujeito ao controlo do Ministro das Finanças no exercício das suas funções (nomeadamente, emissão monetária, fixação das taxas de juro, etc.).

A história do Bundesbank acaba por ser uma história de sucesso, porque ela influenciou decisivamente o “approach” comunitário em relação à política monetária e ao Banco Central Europeu. Hoje a independência dos bancos centrais faz parte da ortodoxia incontestada em matéria de política monetária, mesmo fora do espaço da moeda única europeia.

A terceira fonte da administração independente europeia é francesa, tendo a ver com a criação de organismos autónomos independentes de defesa e garantia de certas liberdades. O primeiro exemplo é justamente a Comissão

Nacional de Informática e Liberdades (CNIL), criada em 1976, também a primeira a ser qualificada legalmente como “autoridade administrativa independente”. A solução veio a ter novas expressões nos organismos criados em matéria de acesso aos documentos administrativos e de protecção de dados pessoais e nos sucessivos organismos de controlo dos meios audiovisuais e de garantia da liberdade de expressão e outras garantias individuais face aos meios de comunicação.

Também esta via francesa veio a ser seguida em muitos outros países europeus, sendo hoje comum a existência de entidades públicas independentes nessas áreas, ou pelo menos em algumas delas, como é o caso de Portugal.

Temos assim, três origens diversas. A ideia corrente de que a Europa se limitou a copiar os Estados Unidos não dá conta de toda a história. Na área da regulação económica, aí sim, o paradigma norte-americano foi claramente decisivo na Europa a partir do final dos anos oitenta, com o fim do Estado intervencionista e a liberalização da economia. Mas não devemos esquecer o contributo alemão e o contributo francês, porque eles foram essenciais para a concepção europeia da administração independente.

#### *d) Heterogeneidade e traços característicos*

O que temos no final é uma grande heterogeneidade de origens, de filosofia e de modelos dessas entidades administrativas independentes. Heterogeneidade inclusivé quanto ao formato jurídico, pois umas têm personalidade jurídica, outras não têm. Heterogeneidade quanto à composição, visto que umas são colegiais e outras são uninominais. Heterogeneidade quanto às funções, dado que umas são reguladoras da economia e outras são essencialmente entidades de garantia de direitos, liberdades e garantias. Heterogeneidade quanto ao regime jurídico a que estão sujeitas, porquanto umas se mantêm regidas essencialmente pelo direito público, enquanto outras passaram a ser reguladas em grande parte pelo direito privado, naquilo que hoje se chama “fuga para o direito privado”.

Por conseguinte, em certo sentido, não existe um modelo único de entidades administrativas independentes. Existem vários modelos, vários tipos, vários regimes (tipologia que obviamente não importa aqui fazer, desde logo por falta de tempo). Mas existem três características fundamentais que são comuns a todas elas.

Primeiro, trata-se de organismos públicos dotados de existência jurídico-administrativa própria, destacadas da Administração directa ou indirecta do Estado (no sentido estrito de administração indirecta). Seja como for, estamos perante *entidades ou autoridades públicas*.

Há aqui uma questão de terminologia a dilucidar. Falamos em “entidades administrativas independentes”, que é a designação constitucional entre nós, desde a revisão da CRP de 1997, e não por exemplo, em “autoridades administrativas independentes” (AAI), que é a terminologia legal e doutrinal utilizada em França. Utilizarei portanto a expressão “entidades administrativas independentes” (EAI), desde logo para estar de acordo com a Constituição. Mas o sentido não é substancialmente diferente, salvo que a designação portuguesa não implica necessariamente poderes de autoridade, como a francesa, podendo por isso ser uma noção mais ampla do que a segunda.

Porém, neste contexto a noção de entidades não quer dizer necessariamente entes jurídicos, pessoas colectivas de direito público, antes quer dizer, num sentido muito mais “souple”, todo o organismo dotado de alguma separação e autonomia orgânica. Por isso pode haver entidades administrativas independentes sem personalidade jurídica, como sucede entre nós por exemplo, com as que estão na órbita da Assembleia da República (Alta Autoridade para a Comunicação Social, Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, Comissão Nacional de Protecção de Dados Pessoais), quase todas dedicadas à garantia de certos direitos fundamentais, nenhuma das quais têm personalidade jurídica. Isso não altera a ideia fundamental de que estamos perante algo de organicamente autónomo, com existência própria, independentemente de ter ou não personalidade jurídica.

A segunda característica das entidades administrativas independentes consiste em que elas são entidades *administrativas*, estando inseridas na Administração, mesmo quando não exerçam funções de administração activa. Todas elas têm em maior ou menor medida funções regulamentares, funções de condicionamento das actividades particulares – com prática de actos administrativos, autorizações, aprovações – e funções sancionatórias, típicas funções administrativas que são indistinguíveis das funções desempenhadas pela Administração directa ou indirecta do Estado, ou seja, os serviços integrados e os institutos públicos, como se designam entre nós os organismos da Administração indirecta, ou administração instrumental.

Finalmente, as entidades administrativas independentes são entidades *independentes*, sendo essa justamente a sua principal característica, a que lhes confere a sua diferença específica, ou seja, aquilo que as distingue essencialmente em relação à Administração tradicional. Elas não estão integradas nem na administração directa nem na administração indirecta do Estado, sendo uma categoria autónoma, à margem da arquitectura tradicional da Administração pública.

Os autores espanhóis e italianos falam muitas vezes justamente em

“administrações independentes”, para sublinhar que se trata de um terceiro “estádio” de transformação da Administração, que não está integrado nem na administração directa nem na administração indirecta.

*e) As garantias de independência*

Quais são os requisitos essenciais desta administração independente?

Retomando o que já se disse atrás, a independência administrativa consiste desde logo na “independência orgânica” (ou “subjectiva”), caracterizada sobretudo pela inamovibilidade, ou seja, pela não destituibilidade, pela não revogação do mandato. Os membros destas entidades são nomeados por um tempo certo, normalmente um mandato longo (5, 6, 7 anos), superior aos mandatos legislativos e governamentais, e salvo circunstâncias excepcionais, nomeadamente falta grave, incapacidade ou incompatibilidade superveniente, o seu mandato não é interrompível por vontade de quem os nomeou por qualquer outra entidade.

Em segundo lugar vem a “independência funcional” – ou seja independência no desempenho da sua actividade –, que tem como características fundamentais a não sujeição a ordens, instruções, directivas ou recomendações e a não sujeição a poderes de tutela integrativa, correctiva ou sancionatória, portanto uma certa autodeterminação administrativa.

Além destes traços essenciais, existem outros traços adicionais, que podem reforçar ou criar um ambiente mais favorável à independência.

Entre elas conta-se desde logo o regime de nomeação dos seus membros, conforme seja uma nomeação livre por parte do executivo, ou antes seja uma nomeação condicionada ou uma nomeação plural. Por exemplo, em França os membros de muitas das autoridades administrativas independentes são nomeados por várias entidades, não apenas pelo Governo, designadamente pelo Presidente da República, pelo Presidente da Assembleia Nacional e pelo Presidente do Senado, e por vezes pelo Conselho Superior da Magistratura. Entre nós, algumas das entidades públicas independentes da órbita da Assembleia da República, acima referidas, também têm esse modo plural de designação dos seus membros.

Também a duração de mandatos pode influenciar o grau de independência. Um mandato curto, de três ou quatro anos, garante obviamente menos independência do que um mandato mais longo, por exemplo os oito anos do Provedor Regional da Vestefália ou dos seis anos do Médiateur francês. Como vimos, na tradição norte-americana o mandato é de cinco anos, o que compara com os quatro anos do mandato presidencial. Entre nós, o mandato das autoridades reguladoras independentes da área

económica é de cinco anos, o que compara com os quatro anos da legislatura e com os três anos dos mandatos dos membros dirigentes dos institutos públicos. Uma peculiaridade muito comum às entidades administrativas independentes (embora não universal) consiste em que os mandatos dos membros não são coincidentes no tempo, de modo a evitar soluções de continuidade absolutas e a garantir uma certa continuidade e previsibilidade institucional.

Depois acresce, por via de regra, um regime de incompatibilidades muito apertado, que em geral coincide ou se aproxima do regime de incompatibilidades dos juízes. Também se estabelece muitas vezes um regime de imunidades, que muitas vezes se aproxima do regime de imunidades dos deputados ou dos juízes. Em ambos os casos, do que se trata é de garantir a independência dos membros tanto face ao Governo como face aos interesses privados afectados pela actividade das entidades administrativas independentes.

Em quarto lugar, frequentemente as entidades administrativas independentes têm assegurados recursos financeiros próprios e uma extensa autonomia de gestão financeira, de modo a torná-las independentes do orçamento do Estado e da dependência relativa que isso poderia implicar em relação ao Governo. Também a dotação de pessoal próprio, com liberdade de recrutamento e de gestão, constitui um bom auxiliar da independência administrativa.

Por último, embora ter ou não ter personalidade jurídica própria não seja essencial para a qualificação como autoridade administrativa independente, no entanto, a personalidade jurídica traz um grande valor acrescentado em matéria de capacidade jurídica, de capacidade contratual e de responsabilidade civil. Como sabemos é para isso que a personalidade jurídica serve.

Pode haver entidades administrativas independentes que se limitam a ter as duas características essenciais da independência acima referidas (independência orgânica e independência funcional) e não tenham todas ou até nenhuma das características adicionais acabadas de enunciar. A independência é uma questão de grau. Não há entidades administrativas absolutamente independentes. Existem entidades administrativas mais ou menos independentes. A partir de um certo limiar essencial, o que se trata é de uma gradação desde entidades relativamente satisfatoriamente independentes até entidades extraordinariamente independentes.

*f) Questões suscitadas pelas entidades administrativas independentes*

As entidades administrativas independentes suscitam enormes problemas políticos e constitucionais, desde logo porque elas vêm infringir o paradigma clássico da inserção da Administração na estrutura do Estado, a lógica da separação de poderes do Estado constitucional representativo, ou seja, a submissão da Administração ao executivo.

Por um lado, põe-se o problema da responsabilidade governamental da Administração Pública. Como sabemos, é princípio constitucional expresso ou implícito – entre nós expresso no art. 182º da Constituição – que o Governo é o “órgão supremo da administração pública” e que responde por ela perante o parlamento nos regimes parlamentares ou de tipo parlamentar como o nosso. Ora, se há autoridades independentes que não respondem perante o executivo, sobre o qual ele não tem poderes nem de direcção, nem de instrução, nem de superintendência, nem poderes de tutela, e cujos membros ele muitas vezes não pode nomear livremente e tampouco pode demitir, é evidente que não se lhe pode exigir responsabilidade parlamentar pela actividade dessas entidades. Este é o principal problema que as entidades administrativas colocam nos estados constitucionais representativos de tipo clássico.

O segundo problema é a legitimação. No paradigma clássico, a Administração acaba sempre por responder ao princípio de legitimação democrática, seja nos regimes de tipo presidencialista, já que o chefe do executivo é directamente eleito, seja nos regimes de tipo parlamentar, em que o executivo é responsável pela Administração e responde por ela perante a assembleia representativa. Havendo autoridades administrativas independentes, a quem o governo não pode “chamar à pedra”, que têm uma certa autodeterminação administrativa, é obvio que essa legitimação falha. Falta o “link” que liga essa esfera da Administração com a representação nacional, com o princípio electivo que caracteriza os Estados de direito democráticos.

Em terceiro lugar vem a questão da separação de poderes. Na concepção clássica, a Administração inseria-se muito claramente na lógica da separação de poderes, pois fazia parte do poder executivo. Ora, como já vimos, sobretudo nos Estados Unidos da América, mas não só, as entidades administrativas independentes gozam de extensos poderes normativos, de natureza quase legislativa, visto que muitas vezes a sua credencial legislativa é uma norma puramente remissiva (do género “é criada a autoridade X para regular ou supervisionar o sector Y”). A partir daí a autoridade administrativa independente tem todos os poderes normativos. Na nossa lógica

constitucional, por exemplo, existem conjuntos normativos compostos por leis de bases, decretos-lei de desenvolvimento do Governo e depois regulamentos executivos do mesmo Governo, ou de outras entidades administrativas. Ora, esse esquema falha completamente no caso das entidades administrativas independentes, sendo “curto-circuitado” mediante uma lei quase só remissiva (ou limitando-se a estabelecer “standards” mínimos), conferindo um mandato legislativo muito amplo às entidades administrativas independentes, que lhes deixa verdadeiros poderes para-legislativos.

E o mesmo acontece com a função jurisdicional, já que estas entidades administrativas independentes, sobretudo nos Estados Unidos da América, mas também entre nós, têm poderes para-jurisdicionais, incluindo poderes de arbitragem e de decisão de conflitos entre particulares. Veja-se o que acontece, entre nós, com a Alta Autoridade para a Comunicação Social, que tem poderes para julgar questões de direito de resposta, pois do que se trata aí é de uma questão entre um particular e outra entidade particular. Outro tanto se pode dizer do próprio poder sancionatório das entidades administrativas independentes, visto que, como sabemos, no paradigma clássico tal poder não fazia parte das atribuições do poder executivo, sendo originariamente um poder jurisdicional. Por exemplo, em Portugal, tradicionalmente as contra-ordenações eram de competência judicial e não de competência administrativa, pelo que a sua transformação em “contra-ordenações” veio até certo ponto infringir a lógica tradicional de que as sanções, mesmo por infracção às leis administrativas, deviam ser de aplicação judicial. Seja como for, as entidades administrativas independentes dispõem em geral de amplíssimos poderes sancionatórios.

Por conseguinte, as entidades administrativas independentes, que pela sua natureza só deveriam dispor de poderes administrativos, vêm, por assim dizer, partilhar dos três poderes clássicos, visto que acrescentam aos seus poderes administrativos, em sentido estrito, poderes normativos de natureza para-legislativa, bem como poderes para-jurisdicionais.

Um quarto problema suscitado pelas entidades administrativas independentes é o problema da unidade da Administração. A lógica fundamental do paradigma administrativo clássico era de que o governo mantinha a unidade da Administração, através da lógica da pirâmide, por meio da hierarquia e da tutela administrativa. Toda a Administração – fosse directa, fosse indirecta (ou mesmo autónoma) – convergia para um ponto único de referência. Havia um princípio de coesão, consistência e unidade da Administração. A partir do momento em que admitimos entidades administrativas independentes, que fogem a esta lógica, que não estão

inseridas em nenhuma destas relações clássicas, o que temos é um policentrismo administrativo, um desmembramento da Administração. A existência deste pluralismo administrativo assente em autoridades administrativas independentes, nem sequer providas de legitimidade democrática própria (como sucede no caso da administração autónoma), tinha de ser considerada como uma heresia, não só no Século XIX mas durante grande parte do Século XX.

O quinto problema das entidades administrativas independentes é o perigo da sua “captura” pelas entidades reguladas (a expressão “captura” é muito típica do Direito Administrativo norte americano), somando à independência em relação ao governo uma dependência em relação aos interesses particulares. O que acontece com as entidades administrativas independentes é que elas normalmente têm uma área de intervenção muito pequena. Elas visam regular uma certa área, a energia, as telecomunicações, o mercado de valores mobiliários, etc., muitas vezes com operadores empresariais privados muito poderosos. Por isso, o perigo da subordinação a esses interesses é bastante real, até porque os reguladores muitas vezes provêm do âmbito dos regulados. Não há melhor regulador do que o que conhece bem a área a regular. Por mais incompatibilidades que se criem, há relações pessoais, e outro tipo de relações, que podem fazer perigar a isenção do regulador. As autoridades administrativas independentes não devem ser independentes apenas do governo, devem ser independentes também (e sobretudo) das entidades reguladas. Por isso devem ser estabelecidas tantas ou mais garantias dessa independência (incompatibilidades, requisitos de transparência, etc.) do que da independência face ao Governo. O perigo da captura é tanto maior quanto depois não existem os mecanismos de controlo interno e externo, que o Governo exerce na administração tradicional através dos mecanismos da direcção, da superintendência e da tutela.

Depois há o problema da limitação da “judicial review” da actividade das entidades administrativas independentes, ou seja, do contencioso administrativo. Um princípio fundamental do Estado de direito é que a Administração está sujeita aos tribunais, aos quais compete verificar a observância do princípio da legalidade. Por isso, a actividade da Administração está sujeita à revisão pelos tribunais, seja pelos tribunais administrativos especiais, como no sistema francês, seja pelos tribunais comuns, como no sistema da “common law” britânica, onde não existe uma dualidade de tribunais, existindo uma única espécie de tribunais, pelo que a “judicial review” da actividade administrativa é feita pelos tribunais comuns. O que acontece é que estas autoridades podem pôr em crise a “judicial review”, dado o largo espectro de autodeterminação e de discricionariedade

normativa e administrativa de que dispõem. Este défice de “judicial review” substancial foi até certo ponto uma das razões para implementar e desenvolver a “judicial review” procedimental. Como já referi acima, o Código do Procedimento Administrativo norte-americano, de 1946, foi criado em grande parte para as comissões reguladoras independentes, exactamente para superar através de exigências procedimentais o défice de controlo legislativo material que as entidades administrativas independentes tinham. Através do controlo do procedimento, os tribunais norte-americanos passaram a ter uma intensa actividade de revisão da actividade administrativa, não quanto ao conteúdo da acção destas entidades mas quanto ao seu procedimento.

*g) As entidades administrativas independentes em Portugal*

Em Portugal como é que vamos de entidades administrativas independentes?

Existem fundamentalmente duas famílias de entidades administrativas independentes, ou pelo menos candidatas a serem qualificadas como tal. Por um lado, existem as entidades reguladoras da economia, as mais típicas e as mais independentes, pelo menos no plano do seu estatuto legislativo. São a Comissão de Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) e a Entidade Reguladora do Sector Eléctrico (ERSE) – mas outras estão previstas –, claramente copiadas de modelos americanos, directamente ou por via dos seus modelos britânicos. Na própria linguagem jurídica dos estatutos destas entidades é fácil ver a presença de paradigmas jurídicos e até de conceitos oriundos do direito anglo-saxónico. Têm personalidade jurídica, sendo pessoas colectivas de direito público. Em sentido técnico, são institutos públicos. Os seus membros são de nomeação governamental, por um período de cinco anos, mas essencialmente inamovíveis. Têm em geral receitas próprias cobradas directamente dos regulados. Apesar de entidades públicas, são em grande medida regidas pelo direito privado e não pelo direito público.

A outra família das entidades administrativas independentes entre nós são as entidades de garantia e defesa de certas liberdades, estando essencialmente na órbita da Assembleia da República (AR). É o caso da Alta Autoridade para a Comunicação Social (AACS), da Comissão Nacional de Protecção de Dados Pessoais (CNDP) e da Comissão de Acessos aos Documentos Administrativos (CADA). Não têm personalidade jurídica. Não têm receitas próprias, salvo marginalmente o produto das coimas que aplicam. Não têm orçamento próprio, que é uma rubrica do orçamento da AR. Não têm pessoal próprio, sendo o pessoal fornecido pela AR.

Normalmente têm sede na própria AR. São essencialmente regidas pelo direito público e não pelo direito privado.

Além destas duas famílias, relativamente homogéneas, de entidades administrativas independentes existe o caso especial do Banco de Portugal, que se desenvolveu autonomamente à margem destas duas figuras. Mais próximo da primeira família do que da segunda, a independência do Banco de Portugal foi influenciada fundamentalmente pelo paradigma do *Bundesbank* e pelo desenvolvimento da união económica e monetária no âmbito da Comunidade Europeia e pela instituição do Banco Central Europeu. O Banco de Portugal tem duas funções essenciais, de autoridade monetária e de entidade de supervisão financeira das instituições de crédito (sendo nesta vertente uma típica autoridade reguladora). Quanto à primeira vertente, como autoridade monetária, o Banco de Portugal é hoje, em certa medida, um órgão periférico do sistema europeu dos bancos centrais e do Banco Central Europeu.

Uma característica inovatória do caso português é a previsão constitucional das entidades administrativas independentes, que foram constitucionalizadas em 1997. Porventura sou responsável por isso, não só porque tinha defendido a inconstitucionalidade destas entidades, por não estarem previstas na Constituição, mas também porque, tendo tido o privilégio de ter participado na revisão em 1997, entendi que era clarificador dar cobertura constitucional a estas entidades, o que veio a colher apoio na revisão. E de facto elas hoje estão previstas genericamente no artigo 267º, nº 3, no capítulo respeitante à Administração pública. Por sua vez, o artigo 35º, nº 2, que se refere explicitamente à criação duma “entidade administrativa independente” para protecção dos cidadãos em matéria de dados pessoais, o que dá cobertura à Comissão de Protecção de Dados Pessoais. E a Alta Autoridade para a Comunicação Social consta expressamente do art. 39º, o qual define mesmo a sua composição e competências. Portanto, deu-se uma constitucionalização genérica e por outro lado, uma constitucionalização específica quanto a dois casos concretos de entidades administrativas independentes.

### **3. O Provedor de Justiça é uma entidade administrativa independente?**

#### *a) Duas perspectivas contraditórias*

Depois deste longo excurso pelas entidades administrativas independentes, é tempo de responder à questão principal que vos coloquei. O Provedor de Justiça é uma entidade administrativa independente?

A questão pode parecer bizarra e insólita, mas não é. Na França a generalidade da doutrina considera o *Médiateur* – o “ombudsman” francês – uma autoridade administrativa independente. Essa visão não é unânime nem pacífica, havendo quem a conteste, nomeadamente o próprio *Médiateur*, mas autores tão credíveis como, por exemplo, Chapus, integram-no justamente nessa categoria das autoridades administrativas independentes. E esta concepção tem alguns ecos fora da França, nomeadamente em Espanha, embora poucos, em relação ao *Defensor del Pueblo*, e também na Itália, em relação aos “defensores cívicos” regionais. Também poderíamos ser tentados a alinhar com o mesmo entendimento e considerar o nosso Provedor de Justiça como entidade administrativa independente.

Todavia, o modelo do *ombudsman* originário, que é o escandinavo, é totalmente contrário na sua filosofia e na sua lógica a esta ideia de autoridades administrativas independentes.

Primeiro, não era sequer um órgão administrativo, nem pertencia à esfera da administração. No modelo clássico escandinavo, o *ombudsman* integra a função parlamentar, não sendo mais que um instrumento do controlo parlamentar da Administração. Em certos países, ele é considerado expressamente como órgão parlamentar ou como um órgão auxiliar do parlamento. Portanto devemos excluir o *ombudsman* da categoria das entidades administrativas independentes, desde logo por não ser uma entidade administrativa. Além disso, na concepção clássica originária, que aliás permanece na Escandinávia, o *ombudsman* também não é um órgão independente. Como órgão parlamentar, ele é obviamente independente do Governo e da Administração, mas não é independente do parlamento. Pelo contrário, é um órgão do parlamento subordinado ao parlamento e controlado pelo parlamento.

Portanto, por estes dois motivos, o *ombudsman* não era autoridade administrativa independente, primeiro porque não é administrativa, segundo porque não é independente.

#### *b) O modelo clássico do ombudsman*

Quais são as características do modelo do *ombudsman* clássico?

Em primeiro lugar, sobressai o seu enquadramento parlamentar. Ele faz parte do poder de controlo parlamentar sobre a Administração pública. Na generalidade dos casos é um órgão parlamentar ou considerado expressamente como um órgão auxiliar do parlamento, funcionando “on behalf of the Parliament”, como se diz na tradução inglesa do estatuto do *ombudsman* dinamarquês, que corresponde rigorosamente ao paradigma do

clássico do *ombudsman* parlamentar. O seu mandato tem normalmente a duração da legislatura, havendo portanto um provedor para cada legislatura. Verifica-se portanto uma funcionalização orgânica do provedor em relação à legislatura. A sua regulamentação nem sequer está prevista na lei, sendo feita muitas vezes pelo próprio regimento do parlamento. Existe um poder parlamentar sobre o provedor, se não um poder de instrução, pelo menos um poder de recomendação ou de orientação em relação, um "Weisungsrecht", para utilizar uma expressão alemã. Ele depende da confiança do parlamento e pode ser destituído por perda de confiança. Normalmente não tem serviços de apoio próprio, não tem orçamento próprio, e nem sequer tem sede própria, estando sediado nas instalações do parlamento.

Obviamente este modelo típico ou ideal do *ombudsman* não corresponde necessariamente, em todos os seus traços, a alguns exemplos do modelo, mas na sua medida essencial, este modelo de *ombudsman* parlamentar é o que permanece na Escandinávia, sendo o que influenciou decisivamente o caso espanhol (onde o *Defensor del Pueblo* é expressamente qualificado como uma "alto comissário das Cortes"), o caso alemão do Comissário Parlamentar para as Forças Armadas e do Comissário Cívico de alguns *Länder* alemães, nomeadamente o da Vestfália (o primeiro a ser criado) e também na Itália, em relação ao "defensor cívico" previsto em quase todas as regiões italianas (já que em Itália continua a não existir um *ombudsman* a nível nacional) e ainda em grande medida o *ombudsman* da União Europeia, criado no seguimento da revisão do Tratado da Comunidade Europeia, a seguir a Maastricht.

### c) Especificidade do Provedor de Justiça

O nosso modelo de *ombudsman* não corresponde a este modelo. Não é um *ombudsman* de tipo parlamentar. Ele é na verdade um órgão de Estado independente, cujas características se distanciam em aspectos essenciais do modelo de *ombudsman* parlamentar. Na sua versão originária, em 1975 – o Provedor foi instituído por lei antes da própria Constituição –, a lei era omissa quanto ao estatuto do Provedor, limitando-se a dizer que ele era designado pelo Presidente da República, e não pelo Governo, embora sob proposta deste numa lista tripartida, podendo ser destituído a todo o tempo pelo Presidente da República, aparentemente de forma discricionária. Mas é verdade, também, que não se previa nenhum poder de recomendação ou de orientação em relação ao Provedor, nem qualquer poder de tutela. E ele estava sujeito às incompatibilidades dos juízes, o que quer dizer que,

implicitamente, a construção do Provedor como entidade pública independente vem desde a origem.

A primitiva versão da Constituição de 1976, que constitucionalizou o Provedor de Justiça – nisto sendo uma das poucas constituições que nessa altura previam expressamente um *ombudsman* –, alterou o modo de designação, que passou a competir à Assembleia da República. Mas também não se pronunciou sobre a natureza da instituição, nem qualificou o Provedor.

Na lei de 1977, o primeiro estatuto pós-constitucional do Provedor de Justiça, ele é classificado expressamente como “órgão público independente”, dizendo-se mesmo que ele devia ser designado entre pessoas que respeitassem requisitos de integridade e independência. Era designado pela Assembleia da República, por maioria simples, por quatro anos, embora não coincidentes com a legislatura, podendo ser destituído livremente pela mesma Assembleia. Apesar de a lei dizer que ele era independente e inamovível, dizia também “salvo o previsto na lei”, e era essa mesma lei que previa justamente a revogabilidade do mandato do Provedor. O Provedor dispunha de serviços próprios, que já tinham sido aliás criados antes da própria Constituição, e de instalações próprias. Gozava também de autonomia administrativa e financeira. Como vemos, apesar de agora eleito pela Assembleia da República, o Provedor mantinha-se destacado em relação ao parlamento, como entidade pública própria, em divergência com o modelo clássico do *ombudsman*. Mas, em contrapartida, ele podia ser destituído pela Assembleia da República, o seu mandato era de curta duração, era reelegível, tinha o dever de comparecer perante a Assembleia da República, quando solicitado pelas comissões parlamentares e tinha o dever de elaborar um relatório anual dirigido ao parlamento. A ligação com a Assembleia da República era portanto particularmente intensa. E aqui revelava-se uma certa parlamentarização do Provedor.

Portanto, tínhamos aqui uma solução algo compromissória, a meio caminho entre o modelo escandinavo de provedor parlamentar e um novo modelo de provedor independente, destacado do parlamento, à maneira francesa.

Na revisão constitucional de 1989, que qualificou expressamente o Provedor como “órgão independente”, ele passou a ser eleito por maioria de dois terços, o que significou uma pequena revolução, desde logo quanto à imparcialidade e quanto à independência em relação à maioria parlamentar de cada momento. A maioria de dois terços exige normalmente um compromisso entre a maioria parlamentar e a oposição, visto que em Portugal, com o sistema eleitoral proporcional que temos, a possibilidade de

um partido ou coligação governamental ter dois terços de deputados é praticamente nula.

A nova lei do Provedor de Justiça, de 1991, aprovada na sequência da revisão constitucional – que ainda em vigor, com uma alteração em 1996 –, qualifica o Provedor como “órgão de Estado” e garante-lhe “total independência no exercício de funções”, o que afasta a sua concepção como órgão parlamentar ou como órgão auxiliar do parlamento.

A revisão de 1989 e o estatuto legislativo de 1991 foram decisivos na definição do estatuto do Provedor de Justiça. Reforçou-se a sua independência no exercício de funções e estabeleceu-se a sua total inamovibilidade, sem sequer se prever qualquer válvula de escape para as hipóteses de inépcia ou incompetência grosseira do titular do cargo. Acrescentou-se a irresponsabilidade civil e criminal pelas decisões do *ombudsman* e reforçaram-se os seus serviços próprios. A meu ver este é o fecho de uma evolução, que desde o início não abraçava o modelo do *ombudsman* parlamentar, de tipo escandinavo clássico, e que caminhou paulatinamente mas seguramente para o modelo substancialmente distinto, o modelo de *ombudsman* independente.

A minha conclusão é que o Provedor de Justiça é um órgão de Estado independente, não sendo um órgão parlamentar nem um órgão auxiliar do parlamento. O seu mandato não coincide com a legislatura. Goza de serviços próprios, instalações próprias, finanças próprias, está submetido às incompatibilidades dos juízes, beneficia de imunidades semelhantes aos deputados.

Quais são os senões no regime de independência do Provedor de Justiça?

O tempo limitado do mandato é a meu ver o principal. Apenas de quatro anos, ele fica aquém dos cinco anos espanhóis, dos seis anos franceses, dos oito anos alemães. Fica mesmo aquém dos cinco anos das autoridades administrativas independentes da órbita económica existentes em Portugal. Todos têm mandatos de cinco anos, precisamente para marcarem a diferença em relação ao mandato legislativo. E fica muito mais longe, obviamente, dos nove anos dos juízes do Tribunal Constitucional, que começou por ser seis.

Por outro lado, a possibilidade de recondução, embora somente por uma vez, também não favorece a independência, pois como sabemos toda a possibilidade de recondução é uma entorse ao princípio da independência absoluta, já que a recondução pode ser um prémio e a não recondução um castigo para a conduta do Provedor no seu primeiro mandato.

Penso que numa próxima revisão do estatuto do Provedor de Justiça, se deveria encarar um aumento do mandato a troco da proibição da recondução.

*d) Órgão público independente*

O Provedor de Justiça é portanto um órgão independente. Mas será integrável na categoria das entidades *administrativas* independentes?

A minha resposta é não. A concepção francesa do *Médiateur* como entidade administrativa independente não é de acolher entre nós. Por um lado, esse entendimento francês deve-se a uma concepção muito ampla da Administração, sendo aí considerada autoridade administrativa toda a entidade que desempenhe funções semelhantes às da Administração ou às do executivo e que não compartilhem das funções parlamentares ou judiciais. Quer dizer, trata-se de uma qualificação por exclusão de partes. Tudo o que não seja parlamentar ou legislativo ou judicial cai no executivo, logo na Administração. Ora, como o *Médiateur* não é uma entidade parlamentar nem judicial, só resta inclui-lo na esfera administrativa. Para os autores franceses, naquela lógica cartesiana de que todos os poderes públicos têm de caber nos três poderes clássicos – legislativo, executivo e judicial –, tudo que não cabe no legislativo ou no judicial cai no saco comum do poder executivo, logo na Administração. Se o *Médiateur* não é um órgão judicial (e não é!), nem não faz parte do poder legislativo (e não faz, até porque não é nomeado pelo parlamento, mas sim pelo executivo, ou seja pelo Presidente da República em Conselho de Ministros), então aí está um argumento incontornável para qualificar o provedor francês como autoridade administrativa.

Na verdade, o *Médiateur* francês tem muito pouco a ver com o *ombudsman* escandinavo, de tipo clássico. O seu enquadramento institucional, a sua forma de nomeação, a sua filosofia é mais de garantir a boa administração e a boa prestação de serviço público, do que a de garantir os direitos, liberdades e garantias perante a Administração e cooperar com o Parlamento na fiscalização da legalidade e justiça da Administração. Por outro lado, a concepção tripartida típica dos autores franceses leva-os a não admitir outros poderes que não os três poderes clássicos, os três poderes ligados a três órgãos, pelo que tudo o que não caiba nos dois poderes legislativo e judicial cabe necessariamente no executivo. E recorde-se que os autores franceses são em geral assaz latitudinários quanto à sua percepção da esfera administrativa. Quem conhece os manuais do Direito Administrativo francês sabe que os próprios tribunais administrativos são tratados no capítulo da organização administrativa, continuando a ser considerados, portanto, como órgãos administrativos, como entidades administrativas, e não

como entidades judiciais, apesar de historicamente a evolução ter levado a considerar os tribunais administrativos como verdadeiros e próprios tribunais. A verdade é que a lei do *Médiateur* não diz que ele é uma “autoridade administrativa independente”, mas apenas que ele é uma “autoridade independente”, sendo o qualificativo “administrativa” produto de construção doutrinal.

No caso português não há nenhuma razão para seguir esta qualificação francesa. Claramente o Provedor de Justiça, apesar de independente do parlamento, está obviamente muito mais próximo da lógica parlamentar do que da lógica administrativa. Ele não dispõe de poderes de autoridade administrativa, nem não pratica actos de administração material, salvo em relação aos seus serviços próprios, no que pratica actos administrativos (nomeação e disciplina do pessoal), estando sujeito nessa medida à jurisdição administrativa. E a Constituição insere-o no capítulo dos direitos fundamentais e não no capítulo da Administração Pública (onde se referem as entidades administrativas independentes).

No resto, o Provedor de Justiça exerce funções de controlo externo da Administração, mas esse facto não o torna uma entidade administrativa. A sua missão constitucional explícita é a de ser um órgão de defesa dos direitos dos administrados face à Administração, numa posição externa a esta. Por isso, o Provedor de Justiça não é uma autoridade administrativa, pelo que não é uma entidade administrativa independente. Ele é, sim, aquilo que a Lei de 1977 o considerava ser, isto é, uma “autoridade pública independente”, ou aquilo que a Constituição ainda diz, “órgão independente”, implicitamente órgão público independente, com funções de controlo externo da Administração e de garantia dos direitos dos administrados. Nem esta missão é propriamente administrativa, nem as suas funções são administrativas.

Mas não sendo o Provedor de Justiça um órgão administrativo, não sendo ele um órgão parlamentar, nem sendo obviamente um tribunal, não integrando portanto nem a função parlamentar, nem a função executiva, nem a função judicial, qual então a sua natureza constitucional?

Temos de superar a lógica tradicional da repartição tripartida dos “poderes do Estado”. No Estado constitucional moderno há mais mundo do que os três poderes clássicos. Sem esquecer o quarto poder, o “poder moderador” de Constant, que influenciou a nossa Carta Constitucional, há muito tempo que a doutrina italiana destacou uma função política, ou função de “indirizzo político”, partilhado por vários órgãos. Há órgãos constitucionais com funções que não se integram em nenhum dos três poderes clássicos, como sucede, por exemplo, com os poderes do Presidente da República entre nós. E existe hoje, claramente institucionalizada

constitucionalmente uma função de garantia ou de controlo, a cargo de órgãos independentes, que não pode ser integrada em qualquer dos três poderes tradicionais.

Para começar, o Provedor de Justiça é claramente um órgão constitucional “a se”. Temos de superar a concepção clássica dos “órgãos materialmente constitucionais”, isto é, os órgãos que compartilhavam da soberania ou que faziam parte do sistema do governo. Essa velha doutrina de Mortati teve alguma influência entre nós, como se pode ver num dos primeiros estudos em Portugal sobre o Provedor de Justiça, do Professor Alves Correia, que é de 1977, suponho eu, onde o autor seguia esta linha, sustentando que, apesar de o Provedor de Justiça estar previsto na Constituição, ele não era um órgão constitucional mas sim um órgão “constitucionalizado”. Penso que não há razão para se ir por aí. O Provedor é um genuíno órgão constitucional, porque está previsto na Constituição e desempenha funções eminentemente constitucionais, no âmbito dos mecanismos de tutela dos direitos, liberdades e garantias. O que há que distinguir é vários tipos de órgãos constitucionais. Existem os órgãos básicos, como os órgãos de soberania, os órgãos de governo das Regiões Autónomas e das demais colectividades territoriais, e os órgãos constitucionais secundários ou acessórios, entre eles os órgãos auxiliares, essencialmente consultivos – o Conselho de Estado, o Conselho Superior de Defesa Nacional, o Conselho Económico Social – mas também justamente os “órgãos públicos independentes”, com funções de regulação ou de garantia, como o Provedor de Justiça, a Alta Autoridade para a Comunicação Social, o Banco de Portugal, o Tribunal de Contas, e talvez também a Procuradoria Geral da República.

Em conclusão, a meu ver o Provedor de Justiça é um órgão público independente, mas não integra a categoria das entidades administrativas independentes.

#### **4. O Provedor de Justiça tem jurisdição sobre as entidades administrativas independentes?**

Importa responder agora à segunda pergunta a que me propus responder nesta exposição. O Provedor de Justiça tem jurisdição sobre as (verdadeiras) entidades administrativas independentes? Aqui a resposta positiva é mais simples e, quero supor, menos controversa.

O Provedor de Justiça tem constitucionalmente jurisdição sobre toda a Administração Pública. Ora, as autoridades administrativas independentes fazem inequivocamente parte da Administração, desde logo porque a

Constituição o diz. O art. 267º da CRP faz parte do capítulo da Administração Pública, sendo claro que quando a Lei Fundamental prevê as entidades administrativas independentes está a integrá-las na função administrativa.

Logo, as autoridades administrativas independentes estão sujeitas aos princípios constitucionais da actividade administrativa, nomeadamente a obrigação de prossecução do interesse público, o respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, o princípio da legalidade, os princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé, como refere o art. 266º da Constituição, que consagra os princípios constitucionais básicos da actividade administrativa. E esses princípios constitucionais valem para toda a actividade e todas as autoridades administrativas, tanto para a administração do Estado como para a administração local autárquica, tanto para a administração directa como para a administração indirecta e também para a administração independente. Não há razão para estabelecer exclusões nem excepções. A independência administrativa significa independência face ao Governo, não independência face aos princípios constitucionais relativos à Administração.

As entidades administrativas independentes, apesar de o serem, não podem deixar de estar sujeitas às formas de controlo externo típicos da Administração em geral. Desde logo, bem entendido, ao controlo jurisdicional, na medida em que a sua actividade é juridicamente vinculada. E estão sujeitas igualmente ao controlo do Tribunal de Contas, no que respeita à sua gestão financeira.

Já quanto ao controlo parlamentar, as coisas apresentam-se de forma assaz peculiar, visto que no modelo tradicional de controlo parlamentar sobre a Administração ele efectua-se por via do controlo sobre o Governo, como órgão supremo da Administração Pública, o que, como se viu, não é aplicável às autoridades administrativas independentes, na medida em que o Governo não as dirige nem controla. Por isso, para haver alguma “accountability” parlamentar das autoridades administrativas independentes, ela deve ser estabelecida directamente, e não por intermédio do Governo. É por isso, aliás, que em vários países existe uma relação directa entre o parlamento e as comissões parlamentares, por um lado, e as autoridades administrativas independentes, por outro, nomeadamente para efeitos de acompanhamento da actividade das segundas pelas primeiras. Isto, aliás, já vem da matriz norte-americana, justamente para compensar a falta de controlo do executivo por meio de um controlo parlamentar directo.

E quanto ao Provedor de Justiça? O art. 23º da Constituição é claro ao dizer que a área de jurisdição do Provedor de Justiça abrange todos os

“poderes públicos”. E mesmo que tenhamos de fazer aqui uma interpretação sistemática da Constituição, excluindo do âmbito do Provedor os órgãos de soberania, nas suas funções legislativa ou jurisdicional e na função política do Presidente da República, a verdade é que não há nenhuma razão para excluir as autoridades administrativas independentes, mesmo que elas não façam parte do padrão organizatório típico da administração do tipo executivo. O conceito de poderes públicos, que é o conceito utilizado na Constituição desde o início, em vez de órgãos administrativos, nunca foi mudado. E apesar de as primeiras leis terem tentado reduzir a actuação do Provedor de Justiça ao estrito âmbito administrativo, a Lei de 91 voltou a recuperar a noção constitucional dos “poderes públicos”.

Essa opção muito ampla da área de jurisdição orgânica do Provedor de Justiça não deixa margem para dúvidas sobre a elegibilidade das autoridades administrativas independentes para estarem submetidas aos poderes de controlo e supervisão, se me é permitida a expressão, do Provedor de Justiça, mesmo que elas não fossem de considerar estritamente como entidades administrativas. Mas, como vimos, isso é assim, também por causa da sua natureza administrativa. As autoridades administrativas independentes são entes administrativos porque praticam administração, porque editam regulamentos administrativos, porque praticam actos administrativos, porque aplicam coimas, podendo por isso lesar os direitos, liberdades e garantias, pelo que entram no cerne dos poderes do Provedor de Justiça, que é o controlo da Administração sob o ponto de vista da garantia dos direitos, liberdades e garantias dos administrados.

Sob o ponto de vista das suas relações com os particulares, as autoridades administrativas independentes não são mais inócuas ou menos lesivas nos direitos dos administrados do que a administração directa ou indirecta do Estado. Talvez pelo contrário e por maioria de razão, exactamente por não estarem sujeitas ao controlo do executivo, por não estarem sujeitas aos controlos internos próprios da Administração tradicional é que se justifica ainda mais que as entidades administrativas independentes estejam sujeitas ao controlo do Provedor de Justiça.

Isto quer dizer que os particulares podem fazer queixas ao Provedor de Justiça sobre acções ou omissões dessas entidades, por motivo de ilegalidade ou de injustiça, e que este as deve investigar e depois emitir as recomendações ou propor as medidas que entender convenientes, nos mesmos termos em que o faz para as entidades administrativas comuns. O mesmo vale para a capacidade de iniciativa oficiosa do Provedor, para os seus poderes de investigação e de recolha de informações e para o dever de cooperação que as entidades administrativas lhe devem por efeito dos

preceitos constitucionais e legais.

Nem pode constituir objecção a essa jurisdição do Provedor de Justiça o facto de se tratar de autoridades caracterizadas pela independência. Esta não pode servir de pretexto para imunizá-las do controlo do Provedor. A razão da independência de tais entidades visa protegê-las contra a ingerência governamental (e também contra a “captura” pelos particulares, como se viu). A missão do Provedor não é afectada por essa razão de ser da independência. A natureza da actividade administrativa não muda pelo facto de ser levada a cabo por uma entidade administrativa independente. Seria absurdo que o Provedor perdesse jurisdição sobre uma certa entidade administrativa, só porque esta foi transformada em entidade administrativa independente.

Por maioria de razão, as entidades administrativas independentes devem obedecer aos princípios da legalidade e da prossecução do interesse público na sua actividade, bem como às regras da imparcialidade e da isenção, enfim da justiça da actividade administrativa. E pela mesma maioria de razão – dados os amplos poderes discricionários de que elas dispõem e a ausência de controlos internos próprios da administração tradicional –, existe toda a justificação para que os particulares tenham face a elas as garantias de tutela que o Provedor oferece.

Outra questão que se pode levantar, correlacionada indirectamente com esta, consiste em saber se uma eventual concorrência parcial de poderes entre o Provedor de Justiça e certas autoridades administrativas independentes, com funções de garantia de direitos fundamentais (é o que pode suceder com certas funções da AACS, da CNPD e da CADA), inibe a intervenção do Provedor de Justiça. A resposta deve ser negativa. Trata-se nesse caso de atribuições paralelas, que se podem desenvolver independentemente umas das outras. E nem o facto de poderem dar lugar a soluções divergentes constitui motivo bastante para afastar essa solução. Afinal, idêntico paralelismo e possibilidade de soluções divergentes existem entre as funções do Provedor de Justiça, quando se pronuncia sobre alguma actuação ilegal da Administração, e as funções judiciais de contencioso administrativo.

## **5. Conclusões:**

Deste meu longo excurso, posso retirar três conclusões sumárias:

1. A noção de entidades/autoridades administrativas independentes designa um conjunto heterogéneo de instâncias públicas, que compartilham porém da função administrativa bem como de uma substancial independência face ao Governo.

2. Apesar de ser inequivocamente uma autoridade pública independente, o Provedor de Justiça não integra a categoria das entidades administrativas independentes, não obviamente por não ser independente, mas sim por não se integrar na função administrativa, não pertencendo portanto à esfera da Administração Pública.

3. A “jurisdição” do Provedor de Justiça abarca necessariamente as entidades/autoridades administrativas independentes, por um lado porque ela abrange constitucionalmente toda a esfera administrativa, por outro lado, porque as referidas entidades pertencem ao domínio da Administração, tanto objectivamente (pela sua actividade), como subjectivamente (por integrarem organicamente a Administração Pública).

E com isto termino e minha exposição. Obrigado pela vossa atenção.



